

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

COLABORAÇÃO PREMIADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO
E O MAGISTRADO SOB A ÓPTICA DO GARANTISMO PENAL

MAIRA AMANDA DIAS DE LIMA

De acordo.
Rio de Janeiro, 20/06/2017.



RIO DE JANEIRO
2017 JUNHO

MAIRA AMANDA DIAS DE LIMA

COLABORAÇÃO PREMIADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO
E O MAGISTRADO SOB A ÓPTICA DO GARANTISMO PENAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da
graduação em Direito da Universidade Federal do Rio
de Janeiro, como pré – requisito para a obtenção do
grau de bacharel em Direito, sob a orientação do
Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro

Rio de Janeiro
2017/ junho

CIP - Catalogação na Publicação

DC DIAS DE LIMA, MAIRA AMANDA
COLABORAÇÃO PREMIADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE
O MINISTÉRIO PÚBLICO E O MAGISTRADO SOB A ÓPTICA DO
GARANTISMO PENAL / MAIRA AMANDA DIAS DE LIMA. --
Rio de Janeiro, 2017.
50 f.

Orientador: ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO. Trabalho
de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de
Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. COLABORAÇÃO PREMIADA. 2. GARANTISMO PENAL. I. RAMIRES
SANTORO, ANTONIO EDUARDO , orient. II. Título.

RESUMO:

A presente pesquisa se propõe a averiguar a lei de colaboração premiada, analisando a maneira como os instrumentos processuais são utilizados, além de se debruçar sobre as figuras do Magistrado e do Ministério Público, levando em conta seus limites previstos em lei, sempre relacionando os tópicos abordados sob a óptica da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. O HISTÓRICO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	2
2.1 – <i>Desenvolvimento histórico.....</i>	2
2.2 – <i>A colaboração premiada no sistema criminal norte – americano.....</i>	4
2.3 – <i>A colaboração premiada no sistema criminal italiano.....</i>	5
2.4 – <i>A colaboração premiada no Brasil.....</i>	7
3. O GARANTISMO PENAL E A COLABORAÇÃO PREMIADA.....	10
3.1 – <i>Natureza Jurídica da Colaboração Premiada.....</i>	10
3.2 - <i>Aspectos conflitantes à luz do garantismo penal de Ferrajoli.....</i>	11
3.2.1 – <i>Das prisões preventivas.....</i>	12
3.2.2 - <i>Das garantias de contraditório e ampla defesa na colaboração premiada..</i>	16
3.2.3 - <i>O valor das informações nos acordos de colaboração premiada.....</i>	20
4. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	24
4.1 - <i>Ministério Público: análises preliminares.....</i>	24
4.1.1 - <i>Ministério Público no sistema acusatório.....</i>	25
4.2 - <i>O Ministério Público de acordo com a lei 12.850/2013.....</i>	28
5. O MAGISTRADO NA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	32
5.1 - <i>O juiz no sistema processual acusatório.....</i>	32
5.2 - <i>Da função do juiz no processo penal.....</i>	34
5.3 - <i>O Magistrado sob a óptica do garantismo penal de Ferrajoli.....</i>	36
5.4 – <i>O magistrado nos acordo de colaboração premiada segundo a lei 12.850/2013.....</i>	38
5.5 – <i>A imparcialidade do juiz na colaboração premiada.....</i>	41

6 – CONCLUSÃO.....48

1 - INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se acompanhado os desdobramentos, em diversos âmbitos, da “Operação Lava à Jato”. O ambiente de tais ocorrências que de fato interessa a essa pesquisa, é o do Processo Penal. Não aquele apresentado pela referente operação, caricaturado, entendido como um obstáculo para obter justiça, mas o que assume o papel de delimitador do poder punitivo do Estado.

Sabe-se que a colaboração premiada vem tomando grande espaço dentro do processo penal brasileiro, sendo compreendida por alguns como forma de aumentar a efetividade na solução de crimes de difícil comprovação.

Com a promulgação da lei nº 12.850/2013, o instituto da colaboração ganhou uma nova roupagem, mas não foi propriamente criado nessa legislação, visto que a mesma já era prevista em leis anteriores. Ao longo do tempo a colaboração, ou delação, como já foi denominada, sofreu diversas transformações até chegar na forma em que a conhecemos. Além das distinções adquiridas ao longo do tempo em nosso ordenamento, as mesmas também se apresentam quando observadas em outras culturas jurídicas.

A pesquisa irá se propor a encontrar as semelhanças e diferenças na colaboração/delação nos países que serviram de fonte para a importação desse instituto para o Brasil.

Tão importante quanto entender o caminho trilhado por um instituto durante a sua história, para melhor compreendê-lo, é analisá-lo sob um conceito teórico que possa imprimir sobre o objeto analisado uma adequação à um sistema maior, que no presente caso seria o Estado Democrático de Direito. Para isso, a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, será utilizada como lente para investigá-lo, e então encontrar novas concepções sobre a colaboração premiada na legislação brasileira.

2 - O HISTÓRICO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A presente pesquisa, busca observar criticamente o instituto da colaboração premiada nos moldes atuais do nosso ordenamento jurídico, e para isso é imprescindível debruçar - se sobre seu desenvolvimento até a lei nº 12.850/2013, sua mais recente forma.

Esse instituto jurídico tão em voga atualmente em decorrência da tão noticiada “Operação Lava à Jato”, é recente, tendo aparições ao longo de nossas legislações penais apenas a partir da década de 80, mas viu-se modificado ao longo desses anos em sua forma e alcance dentro do nosso ordenamento, até que obteve as nuances atuais, previstas na recente legislação.

Ao mesmo passo que a colaboração premiada, como um braço da justiça negocial no processo penal, ocorre no Brasil, ela também é prevista em outros países como Itália e EUA, sendo eles, de certa forma, inspiração para a implementação desse instrumento jurídico em nosso ordenamento pátrio.

Esse primeiro capítulo se presta a analisar mais a fundo o caminho que se percorreu na construção da colaboração premiada no Brasil, para se aproximar de uma interpretação mais coerente desse instituto.

2.1 – Desenvolvimento histórico

Inicialmente, em sua forma mais basilar, a colaboração premiada esteve ligada ao ordenamento jurídico eclesiástico, durante a Idade Média, em que vigorava o sistema inquisitorial e os preceitos sacros se entrelaçavam com o direito penal. Para Mereu ¹ o colaborador era denominado de *pentito* (arrependido). Com o arrependimento e a colaboração, o arrependido – colaborador recebia um prêmio, que tinha feições espirituais e temporais, a exemplo da indulgências, do recebimento de dinheiro, da liberdade e da anistia. Percebe - se que há uma carga muito subjetiva ligada à colaboração, levando em conta questões de foro íntimo do colaborador. Em um segundo momento, com a implementação do pensamento Iluminista, muitas separações ocorreram. Para nós importa saber que o direito penal emancipou-se das influências eclesiais, e o processo penal recaiu nas mãos do Estado, e deu novas formas ao instituto da delação premiada

1.. (1998, apud, MARQUES 2014)

Entre elas, a de que o incentivo ou prêmio aos colaboradores tinha agora como justificativa a prevenção dos grandes crimes e o encorajamento do povo diante do medo de que os grandes criminosos não fossem identificados. Em seu texto, Marques ² afirma que do ponto de vista iluminista a virtude (bem) deve ser recompensada.

Vale ressaltar que embora haja pontos positivos a serem mencionados, há também os pontos negativos, e Beccaria os traduz no seguinte pensamento:

*Certos tribunais oferecem a impunidade ao cúmplice de um grande delito que trair seus colegas. Esse modo de proceder apresenta algumas vantagens; porém não está livre de perigos, pois, a sociedade autoriza, desse modo, a traição, que repugna os próprios celerados.*³

Observa-se que a esse ponto, já não há uma ligação tão forte, pelo menos nos denominados pontos “positivos”, entre a colaboração e questões subjetivas como o arrependimento. Há uma tentativa, através da utilização desse instrumento jurídico, de solucionar problemas práticos, como a resolução de crimes e identificação dos agentes de algum delito. Entretanto, no tocante aos pontos “negativos” ainda reverberam ideias bastante subjetivas, no que diz respeito à possível traição entre os “colegas” que eventualmente possam ter cometido algum crime.

Ainda de acordo com a linha cronológica estabelecida no texto de Antonio Sergio Peixoto Marques³, vemos que a colaboração premiada, em especial o colaborador, alcança um novo patamar de importância no século XX, em especial no ordenamento jurídico norte – americano com reaparecimento da justiça negociada, no intuito de dismantelar o crime organizado e posteriormente a máfia italiana.

2.2 – A colaboração premiada no sistema criminal norte – americano

De início, é importante fazer algumas observações. Primeiro, o instituto foco dessa pesquisa, encontra espaço no ordenamento jurídico norte - americano a mais tempo do que no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo, os sistemas jurídicos vigentes em cada país são distintos, sendo a *commom law* utilizada nos EUA, e a *civil law* no Brasil. Embora sejam informações amplamente conhecidas, é importante pontuá – las, pra perceber que algumas questões não se enquadram no caso do Brasil.

2. (Beccaria 2012 apud MARQUES 2014).

3. MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. *A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66., jun./jul. 2014.

Dito isso, vejamos resumidamente, como a colaboração premiada se concretiza na justiça

criminal norte – americana. Segundo Abergaria ⁴ o processo criminal americano desenvolve-se da seguinte maneira:

Inicia-se com o oferecimento da acusação (complaint), o qual pode assumir dois caminhos: o da Acusação (indictment), para os crimes mais graves (felonies) punidos com pena de morte ou pena superior a um ano (em regra), e o da Informação (information), para as contravenções e os delitos punidos com pena não superior a 1 ano (menos gravidade). Na acusação (indictment), a peça acusatória será submetida à análise do Grande Júri (Grand jury), composto por 16 a 23 pessoas, que decidirá sobre a aprovação, ou não, da acusação (true bill). Aceita a acusação, o caso será levado à julgamento. Na sequência, haverá uma audiência prévia de julgamento (arraignment), na qual o acusado será indagado acerca da sua culpa ou inocência (plea of guilty or not guilty).

Segundo o autor é nesse momento em que se apresenta a *plea bargaining*, que:

[...]consiste em uma negociação entre a acusação e a defesa, podendo resultar na confissão da culpa (guilty plea) ou na declaração de que o arguido não pretende discutir a questão da culpa (nolo contendere)."

E continua:

" Não havendo acordo entre a acusação e a defesa, o processo avança para a fase do confronto probatório (discovery), com o consequente julgamento que se fará pelo magistrado (bench trial) ou pelo júri (jury trial)[...]

Observando esse sistema utilizado em solo americano, afirma Bittar ⁵ que cerca de 90% dos condenados em esfera estadual e federal, nas causas criminais, se declararam culpados, ao invés de ser julgado por um jurado ou tribunal. Esse sistema certamente é alvo de diversas críticas, entretanto vem surgindo em outros sistemas jurídico, como no nosso, com algumas variações.

Ainda sobre os métodos de negociação no sistema norte-americano, existem duas modalidades que estão diretamente ligadas à atuação do Ministério Público, sendo elas a *contingent plea bargaining* e a *package plea bargaining*. Albergaria, de forma resumida, diz que uma das hipóteses que exemplifica a primeira modalidade, é aquela em que a manutenção do Ministério Público, em relação ao “colaborador”, está condicionada ao fato de suas declarações direcionadas à um terceiro surtirem o efeito esperado na condenação deste. Já no tocante à segunda modalidade, a hipótese que a exemplifica é aquela em que o Ministério Público oferece benefícios específicos ao “colaborador” no intuito de obter uma confissão e no caso de não satisfazer essa condição, a acusação retira a proposta em bloco.

4. (2007 apud MARQUES, 2014, p. 3-5).

5. (2011, apud, MARQUES, 2014.p.5)

Afirma Marques ⁶ que nesse sistema, o Ministério Público é munido de um poder

discrecionário que lhe permite negociar a pena (*sentence bargaining*) e até mesmo a imputação (*charge bargaining*), a cambio de uma confissão de culpa, colaboração nas investigações ou persecução penal de terceiros.

A atuação do Ministério Público norte – americano descrita anteriormente, não está distante da realidade prevista no ordenamento jurídico brasileiro quando se fala de justiça negociada e traços de discrecionariedade, que começam a tomar forma no direito brasileiro, sendo alvo de muitas críticas, mas também de apoio por aqueles que a utilizam. Esse ponto será discutido mais a fundo em capítulos posteriores.

2.3 – A colaboração premiada no sistema criminal italiano

O instituto da colaboração premiada também encontra abrigo dentro do ordenamento jurídico italiano, mas sua disposição em lei está mais completo, ao contrário do que ocorre no Direito brasileiro, como afirma Marques.

Em seu texto, o autor aduz que os colaboradores da justiça, que também são chamados de *pentitismo* no Direito italiano, ganharam força no combate ao terrorismo que vigorou na Itália na década de 70, e após isso, alcançou o campo da criminalidade organizada. Segue afirmando que o “pacto de silêncio” entre os integrantes das organizações criminosas são um obstáculo quase que intransponível pelo poder público, o que levava à uma baixa efetividade do combate a esse tipo de ilícito.

Nesse sentido, a justificativa para o uso da colaboração durante o processo é explicada por Enzo Musco ⁷, que afirma:

A colaboração processual se intenta, em primeiro lugar, destruir o mito da cumplicidade que constitui o obstáculo mais relevante para o alcance dos objetivos concretos na luta contra a criminalidade organizada. Em outros termos, se tem tomado a consciência, finalmente, e atacar desde o exterior sociedades criminais que têm uma sólida raiz no tecido social e que utilizam instrumentos ferozes de intimidação no contexto socioeconômico em que atuam, reclama a utilização de instrumentos extraordinários àqueles que sejam idôneos para atacar a criminalidade comum.

6. MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. *A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada*. Revista *Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66., jun./jul. 2014. p. 3

7. (1998 apud MARQUES 2014)

Observa-se que, segundo o autor mencionado, para que haja efetividade no combate ao

crime organizado, delito mencionado pelo mesmo, é necessária a utilização de meios “extraordinários”, nas palavras do autor. Vale a pena fazer uma análise crítica sobre este argumento. Atos ou, como no caso, instrumentos extraordinários, dificilmente coexistem bem com a ideia de segurança jurídica, em especial no campo criminal. Essa questão será desenvolvida nos capítulos seguintes.

Voltando ao ordenamento jurídico italiano, diferente, como já dito, do Direito brasileiro no qual está disciplinado de forma lacunosa, a colaboração premiada na Itália alcança quatro momentos: o sancionatório, o processual o tutorial e o penitenciário. No tocante ao plano sancionatório, Marques aponta para os regramentos da colaboração, que estão dispostos no Decreto Legislativo nº 8/91, convertido na Lei nº 82/91 e posteriormente modificada pela Lei nº 45/01, que trata sobre a proteção dos colaboradores e testemunhas do processo. Há também a Lei nº 203/91 que trata do benefícios dos colaboradores. Já no plano processual menciona-se o artigo 192, §§3º e 4º do Código de Processo Penal Italiano, no qual estabelece os critério de valoração do depoimento do *pentiti*. O autor segue, dizendo que no plano tutorial, vigoram uma série de medidas protetivas que vão dos colaboradores até suas respectivas famílias. E finalmente, no plano penitenciário, há um sistema binário, ou seja, de benefícios para os colaboradores da justiça e, em contrapartida, para os acusados de fazerem parte de grupo mafioso que e permanecem irredutíveis, a restrição da possibilidade de obter benefícios.

2.4 – A colaboração premiada no Brasil

Desde o início das legislações vigentes próprias do Brasil, isto é, desde o período pós independência até o presente momento, percebe -se que as medidas de colaboração surgiram apenas na década de 80, apresentando, evidentemente, características um pouco diferentes do que se tem atualmente. Com isso, entende-se que a essas medidas são instrumentos processuais bem recentes na nossa história jurídica – criminal.

O autor Thiago Bottino, em seu artigo,⁸ diz inicialmente que, o incentivo a colaboração processual teve sua primeira aparição sob o instituto da confissão, e esta tinha por finalidade estimular a auto-incriminação do acusado. Posteriormente, já na década de 90, a “delação premiada” aparecia como um novo instrumento de colaboração processual nas leis esparsas do

8. BOTTINO, Thiago. *Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato"*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390., ago. 2016.

nosso ordenamento. De acordo com o mesmo autor, essa modalidade previa maiores benefícios e

exigências no grau de colaboração. E por fim, em 2013, surgiu, nos moldes da lei nº 12.850/2013, o instituto da colaboração premiada.

Na gênese do Estado brasileiro, não se falava em qualquer incentivo, seja de cunho positivo ou negativo, para uma eventual colaboração do acusado. Em seu texto, Bottino afirma que, desde o primeiro Código Penal, editado no ano de 1830 pelo Imperador Dom Pedro I, passando pelo Código de Processo Penal de 1832 durante a Regência Trina, até a reforma do Código de Processo Penal após a coroação de Dom Pedro II em 1841, não havia qualquer menção sobre possíveis benefícios ao acusado que colaborasse ou mesmo confessasse seus crimes.

O autor segue, e afirma ser apenas com o decreto nº 847 de 1890, que buscava refletir certos valores republicanos, que se afastou a confissão como o meio de prova mais importante no processo penal. Somente com a edição do Código Penal de 1940 e do Código de Processo Penal de 1941, durante a Ditadura do Estado Novo, é que se previu atenuantes da pena em casos de confissão. Entretanto, como aduz o referido autor, a atenuante era concedida pelo juiz apenas nos crimes que já não fossem imputados ao réu. Ao longo do tempo esse instrumento de colaboração foi utilizado pelo Estado, quando em 1984, através da lei nº 7.209/84 a cooperação do acusado começou a ser incentivada.

A lei anteriormente mencionada, conhecida como “Nova Parte Geral do Código Penal”, diz Bottino, trazia uma inovação em seu conteúdo : *a atenuante da confissão deixou de ser aplicada para quem confessasse crime imputado a terceiro ou por desconhecido, e passou a beneficiar qualquer acusado que se autoincriminasse.*

Art. 65

São circunstâncias que sempre atenuam a pena:(...)

III - ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

Aduz o autor que, o conceito de confissão utilizado de maneira ampla atualmente, provém dos últimos trinta anos apenas. Aponta ainda que a jurisprudência do STF, que inicialmente vinculava à confissão ao arrependimento moral do acusado, hoje apenas observa se a confissão levou ao resultados considerados úteis no processo, deixando de lado a finalidade que move o agente a confessar, e por tanto alega ter um caráter utilitário e instrumental, até mesmo em confissões parciais, ou quando há retratação da confissão, nos casos em que há prisão em flagrante, e, ainda, nos casos de confissão qualificada ⁹.

Um segundo momento dos métodos de cooperação processual penal no Brasil, foi a introdução do instituto da “Delação Premiada” prevista na lei nº 8.072/1990, a chamada lei de Crimes Hediondos, que como indica Bottino, foi um meio de endurecimento da política criminal, que consistia no aumento de penas e na diminuição de benefícios, como liberdade provisória e progressão de regime, e concomitantemente a isso, um maior incentivo aos acusados que eventualmente cooperassem:

“Art. 8.º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

Ao longo do tempo, a “delação premiada”, em vista de ser mais benéfica que a confissão, foi ganhando espaço em nosso ordenamento, surgindo posteriormente na lei nº 9.034/1995 (Lei do Crime Organizado), em seguida nas alterações feitas na lei nº 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) e na lei nº 8.137/1990 (Lei que define os Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo), dispondo o mesmo tipo de incentivo à cooperação.

Segue o autor dizendo que, com a edição da lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), o rol de benefícios ao “delator” aumenta, não se limitando somente à pena, enquanto percentual de redução, mas alcançou a possibilidade de substituição da pena corporal por outras mais leves, e ainda o isentar da mesma (perdão judicial). Afirma Bottino que essa é a primeira vez em que as medidas de cooperação adentram no território da execução penal.

Com a edição da lei nº 9.807/1999, que trata do sistema de proteção à testemunhas, aduz o autor que o ciclo da delação premiada se encerra, em especial com o capítulo que se dedica a falar dos acusados que colaborassem com a parte acusatória, desde que preenchessem os requisitos previstos na mesma lei.

9. BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390., ago. 2016

A jurisprudência do STF, assim como a doutrina, ao longo do tempo foram uniformizando e

pacificando as controvérsias relativas à delação premiada. Diz Bottino ¹⁰:

A primeira questão dizia respeito à sua eficiência como meio de investigação, com um grau de exigência superior ao da simples confissão. Em outras palavras, não basta, para que o acusado receba o benefício, que apenas preste depoimentos acusando outros coautores. É necessário que, a partir dessa cooperação, sejam identificadas provas que embasassem a decisão judicial, como demonstra o exame da jurisprudência do STF. A segunda questão dizia respeito ao valor probatório das declarações do delator. Quando do julgamento da Ação Penal 470, o STF entendeu que as palavras do delator não constituem elemento de prova e que delatores não podem ser considerados testemunhas compromissadas com a verdade, mas simples informantes.

Até agora foi dado um resumo histórico, demonstrando o caminho percorrido pela colaboração premiada, até que se fizesse nos termos atuais, que é o objeto de pesquisa do trabalho apresentado. Os capítulos seguintes se propõem a analisar esse instituto sob a perspectiva do garantismo penal, além de observar a maneira como vem sendo utilizado pelo Ministério Público e pelo Magistrado e as controvérsias advindas desta utilização, em especial na “Operação Lava à Jato”.

3 - O GARANTISMO PENAL E A COLABORAÇÃO PREMIADA

Após debruçar – se brevemente sobre o instituto objeto da presente pesquisa, observando a forma e maneira de sua utilização em outras culturas jurídicas e o caminho percorrido para que chegasse ao atual conceito que nós conhecemos dentro da legislação brasileira, busca-se analisar a colaboração premiada sob a perspectiva do Garantismo Penal e a partir disso, aproximar-se de uma interpretação desse instrumento, coerente com os princípios que norteiam nossa legislação.

3.1 – Natureza Jurídica da Colaboração Premiada

Antes de adentrar propriamente nas questões problemáticas, vale fazer uma breve exposição sobre sua natureza jurídica.

A natureza jurídica da colaboração premiada, se dá, em dois campos. Primeiro no Direito Penal, estando ligada majoritariamente às questões de execução penal,

10. BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 363., ago. 2016.

através do perdão judicial, diminuição de pena, ou como a causa de fixação de regime inicial,

podendo ser aberto ou semiaberto, e ainda, como substituição de pena privativa de liberdade para privativa de direitos, de acordo com Marques ¹¹. Ainda de acordo com o autor mencionado, o segundo campo em que avalia-se a natureza jurídica da colaboração premiada é no Direito Processual Penal, onde não há um consenso doutrinário, podendo ser vista como meio de prova, fonte de prova e meio de obtenção de prova.

Para Renato Brasileiro ¹² fonte de prova é a designação de pessoas ou coisas das quais se consegue a prova. O meio de prova são os instrumentos pelos quais as fontes de provas são introduzidas no processo. Ainda segundo ele, a colaboração premiada é um exemplo de meio de prova, pois através das informações prestadas pelo colaborador é possível localizar bens ou valores objetos do crime .

3.2 – Aspectos conflitantes à luz do garantismo penal de Ferrajoli

Ao analisar a lei nº12.850/2013, percebe-se que o acordo de colaboração envolve quatro figuras: o magistrado, o membro do Ministério Público, o colaborador e, eventualmente, o delatado, sendo os dois últimos aqueles que serão diretamente atingidos pelas consequências desse acordo, para bem ou para mal. Com relação à essas duas últimas figuras, faz-se pertinente analisar algumas questões que as afetam e, que da maneira como vem sendo utilizada em alguns casos, põe em xeque alguns entendimentos. Irá se trabalhar as prisões preventivas, o princípio à ampla defesa e o princípio do contraditório, pontos que vêm sendo motivos de duras críticas ao longo da “Operação Lava à Jato”

Será utilizada como base para essas observações as decisões e acordos já homologados na “Operação Lava à Jato” e os parâmetros utilizados, para exemplificar as análises feitas.

3.2.1 – Das prisões preventivas

A complexidade dessa medida cautelar, não está em seu conceito, mas sim na sua aplicabilidade, pois não goza de parâmetros objetivos, em especial quanto a sua temporariedade. Com isso, sua utilização pode tornar-se controversa à luz dos princípios fundamentais. A regulamentação da prisão preventiva, pode ser encontrada no Código de Processo Penal e deveria

11. MARQUES, op. cit, p.11

12. (2013, apud, Marques 2014 p. 11)

ser interpretada de acordo com o previsto sobre o assunto na Constituição Federal de 1988. Também

é abordada na Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos indica os princípios a serem seguidos para a decretação de prisão preventiva, sob pena de ser considerada arbitrária. São eles: o princípio da Excepcionalidade, da Subsidiariedade, da Temporalidade, da Proporcionalidade, e da Jurisdicionalidade. De fato, os pontos mais delicados na “Operação Lava à Jato”, dizem respeito à temporalidade e à excepcionalidade.

Sobre a prisão preventiva diz Ferrajoli ¹³: *“A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectado com a do princípio da presunção de inocência...”*. No caso dos acordos de colaboração premiada, essa medida cautelar não está ligada apenas à uma imputação de culpa, pois também assume o papel de instrumento pelo qual se consegue uma confissão ou mesmo informações que se “adequem” às teses de acusação, mecanismo absolutamente rechaçado em qualquer ordenamento jurídico que se alinhe minimamente ao Estado Democrático de Direito. Essa situação, segundo Fiandaca, ¹⁴ encontra semelhança com a realidade das prisões cautelares na Idade Média:

A privação da liberdade pessoal do investigado deveria preordenar-se para obter do mesmo a necessária “colaboração” (voluntária ou sob coação) ad eruendam veritatem (para descobrir a verdade), a sua permanência no cárcere era, às vezes, considerada uma verdadeira e própria species torturae

Ferrajoli propõe o seguinte questionamento: será a prisão preventiva uma “*injustiça necessária*”?. De acordo com a utilização dada esse instrumento na Operação Lava à Jato, é possível afirmar que sim, visto que, grande parte dos acordos de delação só são feitos após sua utilização, e são suspensos imediatamente após sua homologação.

Voltando à figura do colaborador, basicamente sua aparição se dá no momento em que o mesmo faz um acordo de colaboração, de forma efetiva e voluntária, com o Ministério Público, oferecendo informações que podem contribuir para a investigação e o processo criminal, em troca de benefícios em relação à sua pena, desde que as informações prestadas cumpram os requisitos previstos em lei (lei nº 12.850/2013), sendo eles:

13.FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**/ Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais. 2002. p. 446

14.(2003, apud, Sanguiné, 2014)

“Art. 4º :

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Nesse sentido, parece importante comentar sobre alguns pontos que compõem o caso em tela, que podem assumir o papel de “catalizadores” para que ocorram os acordos de colaboração, e assim, afastando o sentido denotativo da voluntariedade do colaborador. A crítica que se faz nesse sentido é, em que contexto essas medidas são utilizadas e a possibilidade das prisões preventivas serem usadas como meio de obtenção da colaboração.

Segundo Suxberger¹⁵ em seu texto sobre voluntariedade na colaboração premiada, é difícil ignorar a dura crítica que se faz quanto à restrição de liberdade do colaborador, apontando para a ideia de que “... a prisão preventiva e a colaboração premiada, embora não possuam, (ou não deveriam possuir) um vínculo natural de causa e efeito, veem-se intrinsecamente ligados na prática.”

Para o Min. Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, a colaboração nesses termos seria um “ato de covardia”. Diz o Ministro:

Acima de tudo, a delação tem que ser um ato espontâneo. Não cabe prender uma pessoa para fragilizá-la para obter a delação. A colaboração, na busca da verdade real, deve ser espontânea, uma colaboração daquele que cometeu um crime e se arrependeu dele¹⁶

Relacionando esse entendimento de que a prisão fragiliza o indivíduo, ou melhor, o põe em situação desvantajosa em relação a quem irá negociar com ele, Ferrajoli questiona se a prisão cautelar é:

15. SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. **A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>

16. RODAS, Sérgio. **Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio: coação ilegal**. 16 ago. 2016. Consultor Jurídico.

apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em

relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado.¹⁷.

De acordo com o parecer do Ministério Público sobre a manutenção da prisão preventiva de acusados na Lava à Jato, esse parece ser o entendimento. No *Habeas Corpus* Nº 5029050-46 .2014.404.0000, que tramitava no TRF 4, um dos argumento utilizados pelo Ministério Público para fundamentar a manutenção do encarceramento era que :

“A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que os investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso dos pacientes, que lidam com o pagamento a vários agentes públicos, **mas também na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos.**” (grifo meu)

E segue:

“Com efeito, à conveniência da instrução processual, requisito previsto artigo 312 do Código de Processo Penal, **deve-se acrescer a possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal, como se tem observado ultimamente,** diante dos inúmeros casos de atentados contra a administração e as finanças do país.” (grifo meu)¹⁸.

O argumento apresentado pelo Procurador da República, deixa claro que a prisão preventiva segundo suas próprias palavras, “influencia” o acusado a “colaborar” com a apuração dos fatos. Isso desvirtua claramente a ideia de voluntariedade da colaboração e mostra em que termos esse instrumento processual vem sendo aplicado e com qual objetivo. Não se nota grande diferença entre o raciocínio Medieval, quando a tortura era utilizada para se obter uma “confissão” e o que foi dito pelo mencionado Procurador da República que espera obter uma “colaboração” mediante o cerceamento da liberdade de um indivíduo. E ao justificar seu posicionamento, o Procurador diz ser um “entendimento avançado” e segue dizendo que “o direito precisa evoluir” finalizando: “em crime de colarinho branco, onde existem rastros mas as pegadas não ficam, são necessárias pessoas envolvidas com o esquema para colaborar. **E o passarinho pra cantar precisa estar preso**” (grifo meu).

17. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**/ Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p.446

18. CANÁRIO, Pedro, Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar, 2014- Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>>. Acesso em: 31 de mai. 2017.

públicos que possam aterrorizar e promover a insegurança, e ainda, que desmonte a confiança no direito do que o encarceramento de um cidadão, sem que haja processo. De fato, a fala do Procurador, no que diz respeito às prisões preventivas, abala a confiança na manutenção de garantias processuais por parte do Estado.

Seria prudente por parte daqueles que operam o direito, segundo Ferrajoli ²⁰, que a interpretação da lei que prevê a prisão preventiva, fosse feita não apenas sobre a óptica da presunção inocência, mas também em conjunto com outras garantias tanto processuais quanto penais, que estejam estabelecidas na Constituição e tenham sido direta ou indiretamente violadas por ela.

Nesse sentido, se observa que a prisão preventiva apresenta características díspares do que entende a doutrina garantista, do que instrui a Convenção Americana de Direitos Humanos, e do que prescreve nossa legislação. Seria errado dizer que todas as prisões feitas na Operação Lava à Jato são ilegais ou arbitrárias, entretanto sua banalização e os argumentos utilizados em diversas delas, indicam uma mudança de entendimento que não se alinha às garantias processuais que caracterizam o Estado Democrático de Direito e o Processo Penal Garantista.

3.2.2 – Das garantias de contraditório e ampla defesa na colaboração premiada

Os direitos de ampla defesa e contraditório estão assegurados na CF/88 no seu art. 5º, LV, em que diz: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes**” (grifo meu). Essas duas garantias estão intrinsecamente ligadas, e embora sejam conceitos diferentes, uma decorre da outra, ou seja, a ampla defesa se faz através do direito à informação, este sendo um dos elementos que formam o contraditório como define Renato Brasileiro ²¹. O contraditório e a ampla defesa vêm encontrando dificuldades em sua aplicação em alguns acordos de colaboração premiada na Lava à Jato. Isso porque alguns deles possuem cláusulas que flexibilizam essas garantias, tornando esses acordos “perigosos” do ponto de vista garantista.

19. Ibidem. p.446

20. Ibidem. 446.

21. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: Volume único*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017

Vejamos primeiramente a ampla defesa. Há casos em que sua violação ocorre com o colaborador. Analisemos por exemplo, a cláusula nº 17 do acordo de delação de Paulo Roberto Costa, já disponibilizada nos meios de comunicação e que diz:

*Ao assinar o acordo de colaboração premiada, o colaborador, na presença de seu advogado, está ciente do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação. Nos termos do art. 4º, §14, da Lei 12.850/2013, o colaborador renúncia, nos depoimentos em que prestar, ao exercício do direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. O colaborador **renúncia ainda, ao exercício do direito de recorrer das sentenças penais condenatórias proferidas em relação aos fatos que são objeto deste acordo**, desde que elas respeitem os termos aqui formulados.”(grifo meu)*

Observa-se uma certa obscuridade, nesta cláusula, no que diz respeito à renúncia ao direito de recorrer das sentenças condenatórias e do direito ao silêncio. Questiona-se se relativizar essas garantias, a pretexto do sucesso da investigação, é uma caminho coerente com o Estado Democrático de Direito. Isso pode ser facilmente interpretado como uma grave violação ao direito de ampla defesa, visto que impede o acusado de recorrer da sua sentença condenatória, antes de saber o teor exato da mesma e de dispor do seu direito ao silêncio.

Com relação ao direito ao silêncio prescreve Aury Lopes Jr ²² :

[...] assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça.

A cláusula também diz que essa renúncia só vale caso os termos do acordo sejam respeitados, entretanto, não é difícil imaginar que se há violação de princípios fundamentais previstos na Constituição, é possível ocorrer violação de cláusulas de acordo de colaboração. E mesmo que não haja violação nos termos previstos no acordo, a simples flexibilização de direitos constitucionais tão valiosos para o processo penal, já é motivo de muita preocupação, inclusive quando o mesmo é legitimado pelo juiz, quando poderia ter sido feito como prevê o art. 4º , §8º da lei 12.850/13 : “ o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.”.

Com relação ao contraditório, podemos observar sua possível violação no que diz respeito à figura do delatado. Sabe-se que o acordo de colaboração e a sentença homologatória correm em sigilo até que seja oferecida a denúncia contra os indivíduos apontados na colaboração. Com isso, é inviabilizada a possibilidade deste delatado recorrer e até mesmo contraditar o que à ele foi imputado. O art. 4º, § 16, da lei 12.850/13 diz: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, mas isso não muda o fato de que o delatado não poderá se manifestar sobre as “acusações” que lhe são feitas, pelo menos até o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Diz Aury Lopes Jr.²³ sobre o contraditório:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionais). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.

e segue:

“O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do audiatur et altera pars, pois obriga que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo. O adágio está atrelado ao direito de audiência, no qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sob pena de parcialidade.”

É fato que com relação ao delatado, no momento do acordo, não se pode falar em processo, visto que o mesmo não figura ainda como réu, o sendo apenas após o oferecimento da denúncia. No entanto, prevê o art. 8.2, “b” da CADH, que o acusado deverá ser comunicado prévia e de maneira pormenorizada da acusação formulada. O artigo mencionado encontra importância quando se pensa no conceito de contraditório. Segundo Renato Brasileiro²⁴, o direito de participação e o direito à informação são os elementos que formam o conceito de contraditório. Logo, como se poderá cumprir a garantia prevista no art. 8.2 “b” da CADH, se ao delatado é vedado o direito à informação? Sob essa perspectiva, seria uma evidente violação à garantia do contraditório.

23. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016

24. LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013. pag. 52

Comparemos com a figura da testemunha no processo durante a produção de provas. O Ministério Público questiona a testemunha para conseguir as informações pertinentes à sua tese acusatória, logo após, a defesa faz o mesmo para obter informações para sua tese. O fato é que, há uma informação e as duas partes (acusação e defesa) têm acesso à ela por meio da testemunha. No caso da colaboração, o acesso à informação, por meio do colaborador, só é dado, inicialmente, ao Ministério Público, excluindo o delatado e sua defesa do conteúdo desses acordos.

O contraditório está ligado à informação, e no caso abordado, às informações que estão diretamente relacionadas ao delatado, e que a ele são vedadas. A justificativa de que dar publicidade ao conteúdo dos acordos, ou pelo menos aos que fossem apontados nos mesmos, traria dificuldades a investigação, parece ser bastante razoável, contudo perde força quando se fala de uma garantia que impede a semelhança entre o processo penal brasileiro e o processo no sistema inquisitivo, no qual uma das características é o sigilo.

Questões como essas, que ao serem relativizadas de acordo com a “necessidade”, é que empurram o direito processual penal para um caminho arbitrário, que condiz com um Estado policialesco, e se afasta do ideal de Estado Democrático de Direito.

3.2.3 – O valor das informações nos acordos de colaboração premiada

O presente tópico, tem a intenção de analisar o valor que se dá às informações nos acordos de colaboração premiada. Nesse sentido é pertinente elucidar o conceito garantista de verdade, e seu papel no processo penal

Segundo Maria Elizabeth Queijo²⁵, dentro do processo penal, o ideal de busca da verdade está ligado aos limites do poder instrutório do juiz, e ainda, qual seria esse limite dentro do Estado de Direito quando se pretende apurar uma verdade que esteja o mais próximo possível da realidade ocorrida. Já José Assis Santiago Neto, vai além, ao afirmar que encontrar a verdade, sequer é o

25. QUEIJO, Maria Elizabeth, **O direito de não produzir prova contra si mesmo** – 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

objetivo principal do processo:

[...] vale frisar, a busca da verdade se configura como um escopo meta jurídico do processo, sendo que o Direito, não tem por fim a busca da verdade, mas a aplicação da norma jurídica segundo suas regras e princípios garantindo-se aos atingidos pela decisão que possam participar da sua construção”²⁶

Ainda de acordo com Maria Elizabeth Queijo ²⁷, a verdade absoluta é ideal, inatingível, e segue dizendo que no processo existe uma estreita relação entre verdade, certeza e convencimento. Carnelutti ²⁸ afirma que a certeza, assim como a verdade, não é absoluta dentro ou fora do processo. Expressa-se como alto grau de probabilidade. Já o conceito de convencimento, proporciona certa tranquilidade de que a verdade, possível de ser alcançada, foi atingida, segundo Queijo²⁹.

Ferrajoli também segue a linha de entendimento de que o conceito de verdade “certa” ou “absoluta” é algo inalcançável . Diz o autor:

A "verdade" de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a "verdade" de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos.³⁰

Há ainda, de acordo com Ferrajoli ³¹, a possibilidade de dividir a verdade em um conceito material e o formal. O conceito de verdade material, corresponderia à verdade absoluta, sem que houvesse limites legais, verificáveis por qualquer meio, sem atentar para as regras processuais. Por outro lado, a verdade formal é alcançada respeitando as regras processuais e as garantias da defesa . O autor continua e equipara a verdade formal com a verdade processual.

26.MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Organização Soraia da Rosa Mendes. Brasília: IDP, 2016. p. 31.

27.Ibdem. p. 52.

28.CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni sul processo penale**, Roma: Ateneo, 1946, v.1, p. 238, afirma que o alto grau de probabilidade é tomado como certeza

29. (Carnelutti 1946, apud, Queijo, 2012, p.53).

30.Ibdem. p. 42.

31.(1997, apud, Queijo, 2012, p. 55)

Certamente, o conceito de verdade processual (ou formal) é a que melhor se adequa ao Estado de Direito, pois existem limites para sua perseguição, e como já foi dito, o Direito não se propõe a descobrir a verdade, mas a construí-la, através de uma dialética entre as partes, sempre proporcionando o contraditório, no intuito de construir a ideia de verdade utilizada no processo.

Apresentados, minimamente, os conceitos existentes de verdade, e apontando aquela que melhor se ajustaria ao que prevê nosso ordenamento jurídico lido de acordo com os princípios garantidores de direitos, é possível observar essa questão no universo da colaboração premiada.

Sabe-se que as informações apresentadas pelo colaborador surgem em um momento relativamente complexo da persecução penal. Resumidamente, a situação se faz da seguinte maneira: o colaborador que praticou uma infração penal, recebe a chance de, mediante sua confissão e outras informações convenientes à acusação, obter certas vantagens para si. No entendimento de José de Assis Santiago Neto ³²:

a delação acaba tendo como consequência a formação do quadro mental paranoico, eis que a confiança cega na versão de um delator, leva a formação de uma hipótese a qual se passará a buscar qualquer elemento que seja que a fundamente, pouco importando a (re) construção dos fatos através dos argumento e provas.

Nessa mesma linha de raciocínio, vale apontar para o fato de que a fonte das informações não é exatamente a mais confiável, e presumir que a partir do momento em que se fecha o acordo de delação esse indivíduo apresentará apenas fatos verdadeiros seria uma atitude no mínimo inocente.

Não apenas pelo fato da confiabilidade de quem presta as informações, mas também deve-se levar em conta a posição extremamente desfavorável em que esse personagem, tão valioso para acusação está. A lei nº 12.850/2013, permite que os acordos de colaboração sejam feitos mesmo após a condenação do colaborador, ou seja, já existe uma sentença condenatória, uma pena a ser cumprida.

32. MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Organização Soraia da Rosa Mendes. Brasília: IDP, 2016. p. 41

Caso a colaboração fosse feita nesse momento do processo, ao Ministério Público seria permitido oferecer o benefício da redução da pena até a metade, ou a progressão do regime, mesmo ausentes os requisitos. Seria improvável pensar que, oferecer benefícios a alguém nessa condição, seria terreno fértil para conseguir informações falsas ?. Seria absurdo imaginar que na situação descrita, o indivíduo se sentisse tentado a dar informações falsas no intuito de melhorar sua situação ?. Esses são questionamentos que parecem ser pertinentes ao universo da colaboração premiada, pois é através dessas informações que se montam as teses da acusação, que no intuito de legitimá-las, pode envolver inocentes, caso não haja uma triagem responsável dos informes obtidos.

É importante salientar a questão da disparidade entre o acusador e o colaborador, não há uma igualdade de posição entre eles. Isso pode também influenciar na negociação entre essas partes.

Santiago Neto dispõe:

Ainda vemos lembrar que, por mais que se chame de acordo, não há negociação ou acordo entre desiguais e, no caso da delação o “acordo” é feito segundo bases de pressão através do uso da possibilidade de se utilizar a decretação (ou até a revogação) da prisão do acusado, o que faz dela uma forma travestida de tortura na forma de suposto “acordo espontâneo”, onde a espontaneidade passa ao largo.³³

Diante desse cenário, no qual os quesitos presentes se distanciam de uma construção próxima da realidade, o mencionado autor ainda afirma que o valor da delação se dá a partir das conveniências da persecução penal. Nesse caso, que não parece ser incomum, não há como se vislumbrar uma ambiente de produção de provas minimamente equânime entre a acusação e a defesa, pois da valoração da “prova” é redundante dizer que servir às conveniências da persecução penal é sinônimo de favorecimento da acusação. Observe-se que o problema apontado, não está fixado ao favorecimento da acusação em si, mas o fato de apenas favorecer à ela.

Para Badaró ³⁴, a delação ainda que submetida ao contraditório, por si só, continua não sendo apta a ensejar a condenação de corréu, sendo imprescindível, para sua valoração nesse sentido, a corroboração das palavras do colaborador por outros meios de prova.

33.MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Organização Soraia da Rosa Mendes. Brasília: IDP, 2016. p. 41.

34. (2015, apud, Souza, 2016, p. 49). Nesse sentido vide sólida jurisprudência, p. ex: STF (Segunda Turma), HC

Embora a lei e a jurisprudência apontem para uma triagem ponderada da utilização/valoração das informações obtidas nas colaborações, o Ministério Público e, de certa forma o Magistrado, alcançaram um nível de discricionariedade que leva à uma flexibilização bem maior do que esses entendimentos. Os próximos capítulos tratarão especificamente dessas duas figuras que atuam no ambiente de colaborações premiadas.

4 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA COLABORAÇÃO PREMIADA.

Até agora, a pesquisa se dedicou a apresentar alguns conceitos e instrumentos processuais que são utilizados na colaboração premiada, sendo esta regulada pela lei 12.850/2013. Desde a promulgação da referida lei, vêm ocorrido diversas críticas por parte daqueles que veem a utilização desse instituto, nos termos mencionados no capítulo anterior, em desacordo com o que prevê nossa Constituição. Por isso, para que se possibilite uma análise mais profunda da colaboração, é necessário atentar para a instituição, através de seus membros, que tem uma grande importância na negociação dos acordos de colaboração.

O Ministério Público, através da sua atuação na “Operação Lava à Jato”, vem apresentando algumas características que são, no mínimo, passíveis de uma observação mais crítica, principalmente, se comparadas com o que prevê nosso ordenamento jurídico. O presente capítulo tem a intenção de explorar a atuação do Ministério Público na colaboração premiada sob a ótica do garantismo penal.

4.1 - Ministério Público: análises preliminares

Antes de adentrar propriamente na análise da forma de atuação do Ministério Público na colaboração premiada, é preciso fazer um exame da instituição nos seus conceitos mais básicos previstos no nosso ordenamento, como seu papel no processo penal, suas incumbências, seus limites de atuação, e a partir de então, ponderar de que maneira a teoria está disposta na prática.

4.1.1 – Ministério Público no sistema acusatório

Sabe-se que a Constituição Federal de 88 estabelece que o sistema processual utilizado no

Brasil é o sistema Acusatório. A função do Ministério Público, que é a parte que interessa a essa pesquisa, é explicada resumidamente por Aury Lopes Jr ³⁵, que diz:

Entendemos que a Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema **ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público** (art. 129), exigindo a **separação das funções de acusar e julgar** (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar pé na exigência do contraditório.(grifo meu)

O autor indica duas características do sistema acusatório que estão relacionadas com o Ministério Público. A primeira é a separação entre as funções de acusar e julgar. Esse quesito será tratado com mais detalhes no capítulo seguinte, quando for analisada a figura do magistrado. Mas com relação ao Ministério Público, fica evidenciado que a ele compete apenas o papel de acusador durante o processo, demonstrada assim a segunda característica a ser mencionada. Como indicado, essa incumbência está prevista no artigo 129, I da Constituição Federal, no qual diz ser sua função institucional promover privativamente a ação penal pública.

Fernando da Costa Tourinho Filho ³⁶, apresenta de maneira mais detalhada essas funções. Segundo o autor, o artigo 127 da Constituição Federal incumbe ao Ministério Público tríplice atividade: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e a dos interesses sociais e individuais indispensáveis. Ainda de acordo com o autor, é na defesa da ordem jurídica que a instituição se mostra preponderantemente.

Com relação ao inciso VIII do artigo 129 da Constituição Federal, no qual, permite ao Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, Tourinho Filho faz menção às observações Cezar Bitencourt, no que diz respeito à requisição ou realização dos inquéritos e diligências. Dispõe: *“De inteira procedência as observações feitas por Cezar Bitencourt, [...], no sentido de que o Ministério Público não investiga os fatos, mas tão só aquilo que deseja provar, somente colhe indícios e subsídios que interessam à sua tese e não a verdade dos fatos.”*³⁷. Esse ponto especificamente, guarda uma relação com as críticas feitas à colaboração premiada. Sendo Ministério Público o responsável por negociar a colaboração, difícil é não imaginar que os informes adquiridos no acordo, sejam muito mais para legitimar as teses acusatórias do que para compor a construção da verdade processual. Essa análise será aprofundada nos itens seguintes.

35. LOPES Jr., Aury **.Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 20, p. 27

36. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 02. 33.ed. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 413.

Na análise de Ferrajoli sobre o sistema acusatório, de todos os elementos que constituem tal sistema, a separação entre o juiz e a acusação é o que apresenta maior importância, sob o ponto de vista estrutural, e por ser pressuposto de todos os outros ³⁸. Segundo o autor, essa garantia é exigida pelo axioma A8 do SG (*nullum iudicium sine accusatione*). Ainda segundo Ferrajoli, essa garantia não traduz somente a separação entre o indivíduo responsável pelas funções judicantes e os responsáveis pela postulação, mas também o papel de parte em posição de paridade com a defesa pertencendo ao órgão acusador.

Além da separação entre o juiz e a acusação, é importante abordar um dos princípios que regem o Ministério Público. A ele cabe o exercício da ação penal, mas dela não pode dispor. É possível relacionar o princípio mencionado a um outro, o princípio da obrigatoriedade, que rege propriamente a ação penal. Segundo Aury Lopes Jr ³⁹, o princípio da obrigatoriedade tem o sentido de o Ministério Público ter o dever, caso estejam presentes os requisitos, de oferecer denúncia. São os requisitos: prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa. Aduz ainda o autor que, caso não estejam presentes as condições, deverá postular o arquivamento da ação, que será analisada pelo juiz competente que decidirá pelo arquivamento ou não. Observe - se que, diferentemente de outras culturas jurídicas, nas quais o princípio da oportunidade e conveniência vigora, o ordenamento jurídico brasileiro não permite ao Ministério Público decidir com discricionariedade sobre ações de iniciativa pública.

Sobre a possibilidade de discricionariedade na ação penal por parte do Ministério Público, Ferrajoli ⁴⁰ aduz não haver qualquer nexo entre essa possibilidade e o modelo teórico acusatório. Sobre esse tema o autor continua e afirma que a iniciativa penal, inicialmente era de ordem privada, logo a discricionariedade era inerente, mas ao longo do tempo foi assumindo um caráter público, surgindo a figura do Ministério Público, responsável pela iniciativa penal. Sobre o poder discricionário, existente em alguns ordenamentos anglo-saxões, afirma Ferrajoli:

A discricionariedade da ação e a conseqüente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns dos sistemas acusatórios hodiernos, representam, portanto, um resíduo do caráter originariamente privado, e posteriormente estritamente cívico ou popular da iniciativa penal, agora injustificado⁴¹.

E continua:

38. Ibidem. 2002. p. 445

39. Ibidem, 2016 pag. 111

40. Op.cit. 2002. p. 455.

Entende-se que essa discricionariedade e disponibilidade – que nos Estados Unidos se manifestam sobretudo na transação entre o acusador público e o imputado (plea bargaining) da declaração de culpabilidade (guilty plea) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais – representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletitude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o plea bargaining se torne a regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo⁴²

Pode-se concluir a partir do entendimento dos autores mencionados, acerca das funções do Ministério Público que, seu campo de atuação deve ser delimitado assim como suas funções, estas subordinadas aos princípios do sistema acusatório, que como já foi dito, é previsto no ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, essa disponibilidade e discricionariedade, por parte do órgão acusador, que como dito, não condiz com nosso ordenamento, vem encontrando espaço nas negociações dos acordos de colaboração premiada, “chefiadas” pelo Ministério Público, tornando-se assim, alvo de diversas críticas.

4.2 – O Ministério Público de acordo com a lei 12.850/2013

Como dito em capítulos anteriores, a colaboração premiada não surgiu em nosso ordenamento a partir da vigência da lei 12.850/2013, pois já havia a previsão do instituto em legislações esparsas. No entanto, a inovação apresentada pela referida lei foi a previsão da colaboração premiada como espécie de negócio jurídico processual, como indica Mariana Mei de Souza ⁴³. Ainda de acordo com a autora, o negócio jurídico é firmado entre a acusação e o investigado/acusado, e homologado pelo magistrado. Ela continua e observa que nesse contexto, o juízo é apto para mitigar o princípio da obrigatoriedade, possibilitando que a acusação deixe de oferecer denúncia.

Nesse mesmo contexto de negociação processual, a referida autora indica que o princípio da discricionariedade também é possibilitado ao órgão acusador, pois o mesmo pode, como dispõe a lei que regulamenta a colaboração, oferecer ou aceitar o acordo durante o curso do inquérito, ou mesmo depois da sentença condenatória, podendo ainda oferecer o perdão judicial, no momento das

42. *Ibidem*. p.456

43. MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Organização Soraia da Rosa Mendes. Brasília: IDP, 2016. p. 50.

alegações finais do processo. Como demonstra a lei 12.850/2013, ao Ministério Público foi conferido poderes que alcançaram um novo patamar, e que antes ocorriam apenas em casos de crimes de menor potencial ofensivo. Ainda que a negociação feita entre a acusação e o investigado/acusado ficasse apenas nos termos previstos em lei, já era possível de forma bem delineada, notar certa disparidade com o sistema acusatório e os princípios a ele inerentes. Contudo, ao examinar alguns acordos já homologados, pode-se perceber que, a despeito do que prevê a lei, os mesmos possuem benefícios que lá não estavam previstos. Segundo Bottino ⁴⁴, um exemplo disso é o acordo de colaboração de Paulo Roberto Costa firmado em 27.08.2014, no qual apresenta os seguintes benefícios que não estão dispostos na lei:

- 1 .A substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica (Cláusula 5.^a, I, a e Cláusula 5.^a, § 1.^o);
2. A limitação do tempo de prisão cautelar comum (prisão preventiva), independentemente da efetividade da colaboração, em 30 (trinta) dias, contados da celebração do acordo (Cláusula 5.^a, § 6.^o);
3. Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 (dois) anos, a ser cumprida em regime semiaberto (Cláusula 5.^a, I, b);
4. Cumprimento do restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto (Cláusula 5.^a, I, c)

Voltando ao que apresenta Mariana Mei Souza, a mesma apresenta a seguinte indagação: “*a definição em lei dos parâmetros de negociação se insere em um cenário de adoção do princípio da legalidade ou da oportunidade ?*”. De acordo com a referida autora, a discussão no Brasil sobre esse tema especificamente se divide da seguinte forma: parte da doutrina entende que a lei 12.850/2013 autoriza o exercício da oportunidade dentro de parâmetro pré-estabelecidos pelo legislador, logo estaria sujeito ao controle do órgão jurisdicional. Já outra parte da doutrina entende que os “espaços em branco” deixados pelo legislador são destinados para uma ampla discricionariedade, ainda que esse entendimento vá de encontro à tradição jurídica na qual estamos inseridos.

Relacionado a isso cabe averiguar, sobre a possibilidade do Ministério Público poder oferecer/negociar o regime de pena, ou mesmo fixar benefício não previstos em lei, como é o caso do acordo firmado e homologado de Paulo Roberto Costa. Quanto a isso, Thiago Brügger da Bouza ⁴⁵ diz que a lei prevê critério bem específicos para a fixação da pena, através do sistema trifásico, entretanto as fixações mencionadas anteriormente, vem sendo feitas em desconformidade com o

44. Ibidem. p.7

45. MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Organização Soraia da Rosa

padrão disposto em nossa legislação. O autor dispõe ainda que esse padrão de legalidade *strictu sensu*, presente na lei, é indispensável para a devida operacionalização de instruções criminais, e também para aplicação do próprio direito penal, sem que se abra mão da observância do princípio da legalidade.

Desse modo, verifica-se que não só o instituto da colaboração premiada, mas também algumas características do Ministério Público de outras culturas jurídicas, estão sendo adotadas no Brasil, no intuito de otimizar a persecução penal. Bouza,⁴⁶ argumenta que a possibilidade ou impossibilidade de “negociar” por parte do Ministério Público é relativamente complicada. De início, aduz que para fundamentar essas medidas utiliza-se a teoria dos poderes implícitos, que de forma geral consiste na ideia de:

*aplicação corrente no direito constitucional pátrio, segundo a qual quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu desiderato, sob pena de ser frustrado o exercício do múnus constitucional que lhe foi cometido.*⁴⁷

Essa teoria encontraria mais sentido no modelo de Constituição adotado no país anglo-saxão (Brasil adotou o sistema prolixo e Estados Unidos adotou o sistema sintético). O segundo argumento possível apresentado por Bouza é de que, em qualquer situação de cabimento do perdão judicial, além da colaboração premiada, o juiz poderia conceder benefícios inferiores, pois quem pode o mais, pode o menos, que segundo ele é o argumento utilizado pelos que consideram a sua aplicabilidade nos casos estudados. Levando em conta essa característica de dispor de maneira relativamente ampla sobre a acusação, que o Ministério Público tem no sistema da *commom law*, entende Bouza que esta possibilidade não estaria de acordo com o nosso sistema acusatório.

Como já foi mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 88 prevê a indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público, e segundo o autor anteriormente mencionado, “*somente uma emenda constitucional poderia o contrário, jamais uma lei ordinária*”. E continua: “*Portanto qualquer transação não prevista na Constituição praticada pelo Ministério Público afronta princípios basilares do direito penal, e, conseqüentemente, de um Estado Democrático de Direito. É ilegal, inconstitucional e ilegítima.*”

46. (SANTOS, 2016 apud BOUZA, 2016. p. 101)

47. SANTOS, Célio Jacinto dos. **No Processo Penal quem pode o mais não pode o menos**. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11586-11586-1-PB.htm>. Acesso em 13 de jun de 2017.

Voltando aos acordos de colaboração já homologados na “Operação Lava à Jato”, temos o acordo de Paulo Roberto Costa (já exibido) e Alberto Youssef, que igualmente apresenta cláusulas de benefícios que vão além do que é permitido em lei, que são:

1. Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) anos, a ser cumprida em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, mesmo que não estejam presentes os requisitos legais (Cláusula 5.^a, III e V);
2. A permissão de utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são, declaradamente, produto de crime, durante o tempo em que ele estiver preso em regime fechado (Cláusula 7.^a, he I e § 3.^o);
3. A liberação de quatro imóveis e um terreno, que seriam destinados ao juízo a título de multa compensatória, caso os valores recuperados com o auxílio do colaborador superem em 50 vezes o valor dos imóveis (Cláusula 7.^a, § 4.^o);
4. A liberação de um imóvel em favor da ex-mulher do colaborador e de outro imóvel em favor das filhas do colaborador, sem que esteja claro se tais imóveis são oriundos de crime ou não (Cláusula 7.^a, §§ 5.^o e 6.^o).

Sob a ótica do entendimento apresentado, tendo em vista os benefícios não previstos em lei e que foram negociados pelo Ministério Público extrapolando os seus limites constitucionais, pode-se afirmar que essas cláusulas seriam passíveis, no mínimo, de uma reformulação visto que o quesito da legalidade, indispensável no nosso ordenamento jurídico, está claramente violado.

Vale ainda apontar que os acordos de colaboração premiada, feitos da forma indicada anteriormente, estão travestidos de ilegalidade e ilegitimidade. Isso pode ser interpretado como uma modalidade de corrupção, visto que a delação é utilizada como uma troca que emprega meios e instrumentos que ferem nosso ordenamento jurídico, e se adequam a uma interpretação que foge do caminho indicado pelos princípios próprios do nosso ordenamento jurídico.

Bouza ainda dispõe:

A falta de vivência com o instituto, aliado ao sistema brasileiro de civil law, que naturalmente não tem experiências com as categorias próprias de um sistema alienígena que permite a jurisdição penal negociada, tendem a confundir o debate jurídico surgido em um contexto onde a opinião publicada busca o “combate à impunidade” a qualquer custo.⁴⁸

Ainda que não seja o objeto da presente pesquisa, não se pode deixar de mencionar que, como disse o autor, o “combate à impunidade” sem medida foi um dos motivos, dentre outros, que

48. MENDES, Soraia da Rosa (org.). A delação/colaboração premiada em perspectiva. Organização Soraia da Rosa Mendes. Brasília: IDP, 2016. p. 104/105.

contribuíram para o entendimento de alguns no sentido de que garantias processuais são empecilhos para o sucesso da investigação e do processo, que têm por objetivo a condenação, pois apenas dessa forma seria possível se desprender da ideia de impunidade.

5 - O MAGISTRADO NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Após observar a atuação da acusação, por meio do Ministério Público, nas negociações dos acordos de colaboração, este capítulo se dispõe a entender a figura do magistrado nessa relação jurídica que é objeto da pesquisa apresentada. Se fará uma análise levando em conta o conceito do sistema processual acusatório, a Constituição Federal, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o garantismo penal, para por fim tentar entender seu papel nos acordos de colaboração premiada, tendo em vista principalmente, a imparcialidade esperada deste personagem jurídico.

5.1 – O juiz no sistema processual acusatório

O sistema processual acusatório é composto por diversas características. Entre elas estão aquelas que se ligam à figura do magistrado. Aury Lopes Jr., ao explicitar sobre as características do sistema processual acusatório, dispõe que uma delas é: *“o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo”*⁴⁹. Isso garante, nas palavras do autor a imparcialidade do magistrado. Segue dizendo que a posição do juiz no processo, e, em especial essa demonstrada por ele, é fundante na estrutura processual e continua: *“Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador.”*⁵⁰. Atente-se que toda essa organização processual tem o intuito de preservar a imparcialidade do magistrado, e apenas no sistema acusatório, segundo o autor, é que será possível a figura do juiz imparcial.

Seguindo na tentativa de entender o juiz dentro do sistema acusatório, Geraldo Prado, diz que a natureza verdadeiramente acusatória, necessita que de uma acusação que revele uma alternativa de solução do conflito de interesses ou caso penal opostas à alternativa deduzida no exercício do direito de defesa, ambas, entretanto, dispostas a conformar o juízo ou a solução da causa penal⁵¹. Segue o autor dizendo: *“Tal conformação só admitirá influência das atividades*

49. Ibidem 2016. pag. 26.

50. Ibidem. 2016 pag. 27

51. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais.* - 4. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2006. pag. 108

*realizadas pela defesa, se o juiz, qualquer que seja ele, não estiver desde logo psicologicamente envolvido com uma das versões do jogo”.*⁵² De acordo com o autor a imparcialidade do juiz é pressuposto para a acusatoriedade real, e este estaria sujeito a sua atividade mais importante, que seria decidir a causa, de acordo com consciente e meditada opção entre duas alternativas, das quais se manteve distante equidistante durante todo o tempo.

Percebe-se que a imparcialidade do juiz no processo penal, é uma das condições fundamentais do sistema acusatório o que nos leva a crer que, caso não pudesse ser alcançado esse patamar de equidistância entre o juiz e as partes, estaria o processo caminhando para próximo do sistema inquisitório.

Sobre a imparcialidade do juiz propriamente, se falara nos itens seguinte, por ora, é importante ter em mente que o juiz imparcial é condição *sine qua non* para que se constitua o sistema processual acusatório.

5.2 – Da função do juiz no processo penal

Ao definir a função do juiz, Aury Lopes jr.⁵³ se propõe a indicar quem é esse juiz, quais suas garantias e a serviço de que ou quem ele está. Para o referido autor, que apresenta a garantia do juiz natural, esta se divide em um tríplece significado. São eles:

- a) somente os órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição;
- b) ninguém poderá ser processado e julgado por órgão instituído após o fato;
- c) há uma ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Essa garantia está disposta no artigo 5º, XXXVII, da Constituição Federal de 88. Explica o mencionado autor, que essa garantia impede a criação de tribunais de exceção, além de previamente estabelecer a competência da jurisdição que julgará, sem que dela possa dispor. Alega que esse princípio é pressuposto para a existência do juiz no processo penal. Afirma ainda que, o momento onde nasce essa garantia, é o momento da prática da ação e não o início do processo, o que significa a ampliação na esfera de proteção e, assim, evitar manipulações nos critério de competência, bem como, aduz o autor, a definição posterior do juiz da causa. Informa que essa definição posterior atingiria a imparcialidade do julgador.

52. *Ibidem.* pag. 108

53. *Ibidem.* 2016. pag. 35

Outro ponto levantado por Aury Lopes Jr. é, a serviço de quem estaria o juiz ?. Sobre isso, afirma que é necessário fazer uma leitura das garantias orgânicas da magistratura. O autor apresenta o entendimento de Ferrajoli ⁵⁴. Seriam garantias orgânicas, de acordo com Ferrajoli, aquelas ligadas à formação do juiz e sua colocação funcional em relação aos demais poderes do Estado. Traz como exemplos as garantias da independência, imparcialidade, responsabilidade, separação entre juiz e acusação, juiz natural, obrigatoriedade da ação penal entre outros. Por outro lado, o autor italiano, entende como garantias processuais aquelas alusivas à formação do processo, ou seja, ao exercício do direito de defesa, à formação da convicção do julgador, exemplificado através do contraditório, carga da prova, entre outros ⁵⁵.

No intuito de explicitar a função do magistrado, Aury Lopes Jr. entende que, para se ter um juiz natural, imparcial e que cumpra sua verdadeira função, o de garantidor, a independência, característica pertencente às garantias orgânicas, é fator indispensável, pois o magistrado deve estar acima de qualquer espécie de pressão ou manipulação política ⁵⁶.

O autor mencionado aduz que, através da independência não se busca a figura de um juiz neutro, conceito esse impossível de se alcançar, visto que, ao tomar qualquer decisão, o julgador perde a neutralidade, mas alguém que tenha as condições de formar seu livre convencimento. Sobre a independência Aury Lopes Jr. cita o entendimento de Ferrajoli ⁵⁷ que afirma: “*A independência deve ser vista como a sua exterioridade ao sistema político e, num sentido mais geral, como a exterioridade a todo sistema de poderes.*”

Nesse sentido ensina Aury Lopes Jr.:

O juiz não tem por que ser um sujeito representativo, posto que nenhum interesse ou vontade que não seja a tutela dos direitos subjetivos lesados deve condicionar seu juízo, nem sequer o interesse da maioria, ou, inclusive, a totalidade dos lesados. Ao contrário do Poder Executivo ou do Legislativo, que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo – mas não da maioria – para a tutela da liberdade das minorias. ⁵⁸

De acordo com os ensinamentos apresentados, pode-se dizer que as decisões proferidas pelo não podem se submeter a nenhuma expressão de poder extralegal, nem com relação aos outros poderes, Executivo e Legislativo, nem mesmo ao que pede ou espera a maioria. Suas decisões :

54.FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso

55. Ibidem, 2016. pag. 35

56. Op. cit, 2016. pag. 35

57. Op.cit, cit., p. 580.

58. Op. cit. 2016. pag. 36

devem estar subordinadas única e exclusivamente ao que estabelece as leis e princípios constitucionais, ainda que sua decisão vá de encontro com a vontade da maioria, ou mesmo dos que tiveram seus direitos lesados. O autor anteriormente citado, diz que

*A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.*⁵⁹

O autor finaliza sua exposição sobre a função do magistrado dizendo:

O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, **a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.** (grifo meu)⁶⁰

Nessa lógica, pode-se introduzir algumas outras características ao julgador no processo penal. Tendo em vista que deve-se esperar uma equidistância entre o juiz e as partes, independência, no sentido apresentado anteriormente, e sua submissão ao sistema de garantias constitucionais, é esperado que suas decisões guardem um forte teor de razoabilidade e ponderação. Isso porque na maioria das vezes, suas decisões irão tratar de uma contraposição entre garantias que não encontram uma convivência pacífica entre si, e, como não há uma hierarquia entre elas, o juiz deverá acomodá-las, nas suas decisões, da melhor forma possível para que se resolva o conflito. Entretanto, sabe-se que no plano prático, essa é uma tarefa extremamente difícil, e por isso deve o julgador se propor a aproximar-se dessas características, a fim de facilitar o exercício da sua função.

5.3 – O Magistrado sob a óptica do garantismo penal de Ferrajoli

Parte do que será abordado nesse tópico, já foi brevemente discutido no item anterior, entretanto objetivo aqui proposto é aprofundar alguns conceitos já mencionados.

De acordo com Ferrajoli, diferentemente das outras atividades públicas, que segundo ele estão submetidas a mera legalidade, a atividade jurisdicional penal está sujeita ao princípio da estrita legalidade, pois esta: “*vincula o juiz à verdade de seus pronunciamentos, ou à validade substancial das mesmas além da formal*”⁶¹. Continua o autor afirmando que a atividade

59. Ibidem, 2016. pag. 36.

60. Op. cit., 2016. pag. 36.

61. Ibidem. p. 464.

jurisdicional não tem o objetivo de satisfazer interesse pré- constituídos. Com isso o autor aduz, como já foi mencionado anteriormente, que diferentemente do que é possibilitado a outras atividades públicas, nas quais a discricionariedade, finalidades políticas, entre outros, caracterizam suas atividade, o juízes, “*não procuram um interesse pré - judicial, mas só a aproximação do verdadeiro nas únicas causas às vezes julgadas, após um contraditório entre sujeitos portadores de interesses em conflito.*”⁶² Nesse sentido, expõe que substancialmente, a atividade jurisdicional está apartada de orientações políticas, estando apenas vinculada à lei.

Ferrajoli também dispõe que é de suma importância para o processo penal a separação entre o juiz e a acusação. Essa característica do sistema acusatório, já foi mencionada rapidamente no capítulo anterior, mas aqui se faz necessário tratá-la de forma mais abrangente, supõe, de acordo com Ferrajoli:

*a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas partes em causa e um terceiro super partes: o acusador, o defensor e o juiz. Essa estrutura triádica forma, como se viu, a primeira característica do processo acusatório. E é indispensável para que seja garantida a equidistância do juiz em relação aos dois interesses contrapostos - a tutela dos delitos, representada pela acusação e a tutela das punições arbitrárias, representada pela defesa -, que então correspondem aos dois escopos, perfeitamente compatíveis em abstrato mas sempre conflitantes em concreto, que, como já dito, justificam o direito penal.*⁶³

O autor menciona que essa separação entre o juiz e as partes não deve se limitar apenas ao caráter pessoal, mas também ao institucional. Também estabelece que o juiz não deve ter qualquer interesse, de ordem privada ou pessoal, na solução da causa.

Tendo essa condição em mente, o autor aduz que possibilidade de recusa, por alguma das partes, deve ser admitida. Ferrajoli aponta para que no caso da recusa ser feita por parte da acusação, ele deve está fundamentada no que prevê a lei, por outro lado, caso o requerimento de recusa do juiz seja for feita por parte do réu, ela deverá ser o abrangente possível ⁶⁴.

Seguindo essa lógica, explica o autor que, se o juiz não deve ter a preocupação de julgar acordo com consensos, ou pela maioria, ele deve sim, gozar da confiança daqueles que estarão submetidos às suas decisões. Ou seja, não caberá a ideia de ter ou temer, nas palavras do autor, um

62. Ibidem, 2002. p. 464.

63. Op. cit.. 2002. p. 465.

64. Op. cit.. 2002. p. 466.

juiz inimigo ou imparcial.⁶⁵

Percebe-se que, as questões levantadas até agora, tanto neste tópico, como nos anteriores, convergem para uma característica importantíssima do processo penal, ligada ao magistrado, que é a imparcialidade. Ou seja, se pensarmos no indivíduo julgador, dentro do sistema processual acusatório, nas suas funções e dentro do pensamento garantista, a imparcialidade terá sempre que está presente, dentro de uma perspectiva processual penal democrática e garantidora de direitos.

5.4 – O magistrado na Lei 12.850/2013, a partir da perspectiva negocial

A figura do juiz é mencionada na lei 12.850/2013, na parte que trata da elaboração premiada, em seu artigo 4º, caput, no qual é permitido ao juiz, caso requeiram as partes, conceder: *“o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal...”*. E para que essa concessão seja feita é necessário que a colaboração prestada preencha os requisitos previstos nos incisos que I a V da mesma lei.

Sob essa perspectiva, é possível perceber que o magistrado não está presente no momento da negociação do acordo, esse sendo feito entre o investigado/acusado e o Ministério Público. O § 6º do artigo 4º da lei mencionada, deixa isso evidente ao afirmar, de maneira, imperativa o que aduzido anteriormente. No entanto, é no parágrafo seguinte que vislumbramos qual é o papel delegado ao magistrado no contexto das colaborações premiadas. Prevê o parágrafo 7º:

*Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz **para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade**, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor: (grifo meu)*

De acordo com o que preceitua a lei, o magistrado terá, inicialmente, o dever de primar pela legalidade formal do acordo, não se atendo, ao seu mérito ou conteúdo, pelo menos, não nesse momento. Poderá ainda o juiz recusar-se a homologar o acordo, se entender que o mesmo não possui o requisitos formais necessários sê-lo. No caso da falta de requisitos para homologar o acordo, o juiz poderá também adequá-lo ao caso concreto. Essas possibilidades, estão apresentadas no artigo 4º , § 8º da mesma lei.

Vejamos ainda que a lei permite ao juiz, se o mesmo achar necessário, ouvir o colaborador de forma sigilosa. Sobre esses aspectos apresentados, é possível traçar diversas análises críticas sobre não só como a lei se apresenta, mas também sobre a maneira como ela vem sendo posta em prática, em especial na “Operação Lava à Jato”. O ponto principal da análise proposta está relacionada ao princípio da imparcialidade do juiz que de certa forma encontra obstáculos para se traduzir de maneira satisfatória no âmbito prático da colaboração premiada.

Cabe ainda pensar no magistrado sob o aspecto negocial do acordo. Vejamos o que dizem Humberto Dalla Bernardina de Pinho e José Roberto Sotero de Mello Portono texto sobre a natureza jurídica do acordo de colaboração. Vale recordar a dinâmica feita nos acordos de colaboração, os autores apresentam a seguinte explicação:

Na dinâmica trazida pela lei, existem dois sujeitos que passam a acordar: de um lado, o investigado (se previamente à denúncia/acusado (se no bojo do processo)/condenado (há autorização expressa para a colaboração em sede executória; de outro, o Ministério Público. De maneira espontânea ou não, o colaborador decide auxiliar a investigação ou a instrução, apresentando elementos valiosos, a seu ver, para a solução jurisdicional do delito. Tais elementos deverão atender a uma das hipóteses dos incisos do art. 4º, necessariamente.⁶⁶

Os autores afirmam que, como disposto anteriormente, o juiz é excluído do momento em que se negocia o acordo, devendo apenas se ater às questões formais do mesmo. É importante trazer à luz que, segundo os autores mencionados, o acordo não determinará as suas consequências jurídicas, mas sim o juiz, que selecionará os efeitos que melhor se adequem ao caso que tiver em mãos ⁶⁷. O questionamento levantado pelos autores é: O magistrado terá relevante importância nas consequências do acordo, mas o mesmo não terá participado da negociação.

Tendo em mente o conceito de negócio jurídico, apresentado pelos autores mencionados anteriormente, como aquele no qual é possibilitado às partes a deliberação e definição dos efeitos do negócio, lançando mão de sua autonomia de vontade, os mesmos afirmam que o acordo entre o investigado/acusado e o Ministério Público, não se enquadra na definição dada de negócio jurídico.

Os autores ainda dispõem sobre duas modalidades de acordo: aqueles nos quais o magistrado não se manifesta, chamando-os de acordo *inter partes*, e os acordos em que o magistrado se manifesta, chamando-os de acordos *ultra partes*.

66. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 13, n. 73, p. 26-

O primeiro tipo de acordo, segundo os autores, são os que o magistrado não precisa posicionar-se de maneira decisória, possibilitando que o acordo entre as partes delimite seus efeitos, Exemplificam o caso os acordos nos quais são formalizados após a homologação, com o termo, e de não apresentação de denúncia pelo Ministério Público, ou mesmo nos casos em que a relevância das informações, em conjunto com outros requisitos, permite ao órgão acusador abrir mão do oferecimento da denúncia. Nesse caso, aduzem os autores, não há qualquer anuência do magistrado acerca da eficácia do acordo.

Ainda de seguindo o entendimento dos autores referidos anteriormente, o segundo tipo de acordo, os *ultra partes*, são aqueles que, elaborado o termo entre as partes, e por exemplo estava tratando do regime da pena, o magistrado conceda o perdão judicial. Percebe-se que o julgador teve papel preponderante na eficácia do acordo. Em situação oposta, seriam os casos em que o magistrado conceda benefícios menos favoráveis se comparado o que previa o acordo. Entendem os autores que essa prática violaria os valores como a segurança jurídica, a boa-fé, e a lealdade processual.

Após a apresentação desse entendimento, percebe-se que, a despeito do que prevê a lei, a atuação do magistrado encontra brechas para atuar de forma não condizente com o idealizado pelo legislador, percebendo, dessa forma, uma desvirtuação do dispositivo legal nesse ponto. Entendeu-se o veto à presença de um indivíduo no período da negociação, impossibilitaria que, no tocante à efetividade do acordo, o mesmo possuísse tamanha interferência, o que poderia manchar sua imparcialidade em momentos posteriores da investigação/processo.

A questão da imparcialidade do juiz nos acordos de colaboração, mencionada no parágrafo anterior, será o objeto de análise do próximo tópico.

5.5 – A imparcialidade do juiz na colaboração premiada

Quando da figura do magistrado foi estudado no sistema acusatório, e abordamos o entendimento sobre sua função no processo penal, percebeu-se que o princípio da imparcialidade do juiz foi mencionado algumas vezes para ajudar na compreensão dos assuntos abordados anteriormente. Porém esse ponto será retomado de forma mais específica, na intenção de apresentar as questões problemáticas quanto ao assunto, no âmbito da colaboração premiada.

Primeiramente, vale fazer um apanhado geral sobre o conceito deste princípio para depois tentar trazer esse entendimento para a prática da colaboração.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.⁶⁸, a imparcialidade é “*princípio supremo do processo*” e “*é sobre a base da imparcialidade que está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparto*”. Percebe-se que a imparcialidade do órgão jurisdicional é condição necessária para que a relação processual se estabeleça de forma que a confiabilidade das decisões, proferidas pelo mesmo, estejam em um grau aceitável dentro do que se espera em um Estado Democrático de Direito.

Sob esse ponto é possível afirmar que a imparcialidade estabelece que o Estado, na figura de um terceiro, estará equidistante da defesa e da acusação, e como analisa Coutinho⁶⁹, “*não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas*”. Nota-se portanto que um dos pontos bastante sensíveis quanto a imparcialidade, é a possibilidade, ainda que remota de que haja qualquer interesse, seja de que ordem for, do magistrado por uma das teses apresentadas à ele.

Esse entendimento, com relação à imparcialidade, apresentado por Aury Lopes Jr, encontra dificuldades em se concretizar, no momento em que, segundo palavras do mesmo autor, é atribuído ao magistrado poderes instrutórios. Ele explica que é característico do princípio inquisitório a gestão ou iniciativa probatória nas mãos do juiz. Como foi demonstrado nos itens anteriores, ao desvirtuar o princípio tema deste item, desvirtua-se consequentemente o sistema acusatório.

Aury Lopes Jr, explica essa desvirtuação da seguinte forma:

*A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo.*⁷⁰

E continua:

*A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.*⁷¹

O referido autor, aponta jurisprudência do Tribunal Europeu de Direito Humanos (TEDH),

68. Ibidem., 2016. pag. 36.

69. Ibidem. 2001. p. 11

70. Ibidem, 2016. pag. 37

71. Op.cit. 2016. pag. 37

que direciona para o entendimento de que o poder instrutório está além dos limites da função do julgador, ou seja, a ele não compete ter a iniciativa probatório, caso estejamos falando do sistema acusatório que prima pela manutenção do Estado Democrático de Direito.

O autor segue e afirma que o princípio da imparcialidade se divide nas modalidades objetiva e subjetiva. Sobre a subjetiva aduz o autor que essa “*alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”*”. Já sobre a imparcialidade objetiva, essa “*diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade.*”⁷².

Tendo em vista os conceitos de imparcialidade objetiva e subjetiva, entende-se que a figura do juiz instrutor fere a primeira modalidade. Isso porque a relação desse tipo de juiz estaria ligada não às partes do processo mas ao objeto do processo.

O referido autor indica outra preocupação por parte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no tocante à *aparência de imparcialidade do juiz*. Como dito anteriormente, esta concepção está vinculada à ideia de que o magistrado deverá impor uma imagem que desperte nas partes subordinadas à ele, uma confiança de que seu julgamento e suas decisões passaram pelo crivo da imparcialidade.

Antes de adentrar especificamente no assunto no campo da colaboração premiada, volta-se a fazer um breve reflexão sobre a diferença entre imparcialidade e neutralidade. No terceiro item deste capítulo, já foi abordada essa diferenciação, no entendimento de Ferrajoli. Agora, acredita-se ser importante apresentar um segundo entendimento sobre esse ponto.

Para Maya ⁷³, explica que “*a neutralidade surge como ideal no século XVIII, com o Estado Moderno e a valorização da aplicação irrestrita da lei, pela qual o juiz deveria ser afastado da própria comunidade e livre de quaisquer obstáculos ao racional*”. E segue:

O autor esclarece, entretanto, que este dogma deixou de ser visto como ideal de justiça, com o reconhecimento de que além das normas, também formam a decisão judicial fatores pessoais, experiência, opinião política e social, ideologia, já que o ser humano existe porque inserido em um contexto social.⁷⁴

72. Ibidem., 2016. pag. 38

73. Maya (2014 apud SANTORO; REZENDE, 2016, p. 5)

Esse entendimento é válido apenas para reforçar que o conceito de neutralidade, racionalmente não ocorre, visto que, ao tomar uma decisão o órgão jurisdicional sai do ambiente de neutralidade. Entretanto doutrinariamente, segundo Santoro ⁷⁵, ainda há uma certa confusão entres os conceitos, quando se trata da constitucionalidade do poder instrutório do juiz. Nesse casos, o argumento utilizado segundo o autor, e de que:

*não se pode esperar que o juiz aja como mero fantoche, como se a separação entre acusação e juiz tivesse como objetivo garantir uma decisão neutra, despida de quaisquer aspectos não mecânicos quando, em realidade, o que se busca é a decisão imparcial*⁷⁶

Tendo apresentado, ainda que de maneira superficial, o entendimento que se tem sobre o princípio da imparcialidade no processo penal, e em especial no Brasil, e relembrando rapidamente a diferenciação entre esse princípio e a neutralidade, passemos a observá-lo no campo da colaboração premiada e de seus acordos.

Alguns casos de acordos de colaboração premiada, são feitos ainda no período pré – processual, ou seja, no período da investigação. Sobre isso Santoro dispõe que, levando em conta o conceito de imparcialidade objetiva já explicitado nos parágrafos anteriores, ao proferir decisões que no curso da investigação, o juiz torna-se prevento pra sentenciar, e a imparcialidade estaria visivelmente comprometida ⁷⁷. Relembrando questões levantadas em capítulos anteriores, traz-se à tona a ideia de que as informações obtidas por meio dos acordos de colaboração premiada, tem uma viés que pende muito mais para as teorias acusatória. Logo pode-se dizer que, quando um juiz toma conhecimento de informações que, de acordo com que foi apresentado ao longo da pesquisa, se adequa melhor a apenas uma das parte, verifica-se que a imparcialidade do magistrado é maculada.

Lembremos que o exercício do contraditório e da ampla defesa nesse momento averiguado, é altamente flexibilizado, e portanto a tese acusatória tem muito mais incidência sobre o convencimento do julgador.

75. SANTORO. Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei n o 12.850/2013. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.) Delação Premiada: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio. Belo Horizonte. D'Placido. 2016.

76. SANTORO. Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei n o 12.850/2013. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.) Delação Premiada: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio. Belo Horizonte. D'Placido. 2016 p. 6

77. SANTORO. Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei n o 12.850/2013. In: ESPÍÑERA, Bruno;

Nesse sentido, aponta Santoro, para o experimento produzido pelo professor Bernd Schünemann⁷⁸, na Universidade de Munique, em que o acadêmico buscava apurar até que ponto os magistrados eram influenciados e pelo convencimento que formavam ao entre em contato com os autos do inquérito. Em linhas gerais ele explica que o estudo foi feito da seguinte maneira:

[...]o professor reuniu 58 (cinquenta e oito) juízes e membros do Ministério Público escolhidos aleatoriamente por todo território alemão que deveriam proferir sentença em um processo real referente ao crime de libertação, indução ou auxílio à fuga de preso. Os autos, segundo o autor, permitiam que se proferisse, da mesma forma, tanto sentença condenatória quanto absolutória. A variável no experimento conduzido por Schünemann consistiu no fato de que alguns dos julgadores tiveram acesso aos autos do inquérito enquanto outros não tomaram conhecimento dos elementos informativos produzidos no curso das investigações preliminares. Ademais, a uma parte dos participantes foi facultada a inquirição pessoal na audiência de instrução e julgamento, enquanto outros apenas tiveram acesso à ata da audiência.

Aduz Santoro que, Schünemann utilizou-se da teoria da dissonância cognitiva, idealizada por por Festinger, reformulada de Irle, e que segundo esse autores, cada pessoa busca harmonizar as relações entre seus conhecimento e suas opiniões.⁷⁹ Ao final do estudo, verificou-se o seguinte resultado:

[...]dos 28 (vinte e oito) magistrados que tiveram acesso aos autos do inquérito, 20 (vinte) proferiram sentença condenatória. Já entre os 30 (trinta) que não tomaram conhecimento previamente acerca da investigação policial, apenas 10 (dez) decidiram condenar o acusado.

Logo, de acordo com o estudo de Schünemann, confirma-se a teoria da dissonância cognitiva. Levando-se em conta a relação apontada por Santoro, entre o estudo apresentado pelo acadêmico alemão e a imparcialidade do julgador, podemos tirar algumas conclusões acerca da colaboração premiada. Diz a lei que o magistrado terá a oportunidade de entrar em contato com as informações prestadas através dos acordos de colaboração para exercer um juízo formal do acordo, para, caso preencha os requisitos legais, ser homologado. Demonstra-se extremamente difícil, em especial se adotarmos a conclusão do estudo de Schünemann, que o magistrado se aterá apenas ao requisitos formais do acordo, sem levar em conta seu conteúdo, para mais a frente, aplicar ainda que inconscientemente, o princípio da busca seletiva de informações⁸⁰, o que claramente o levaria a perda de sua imparcialidade.

78. SCHÜNEMANN (2013, apud, Santoro; Rezende, 2016. p 11)

79.(1974, apud, Santoro; Rezende, 2016. p. 12)

80.Sobre esse princípio, Santoro aduz em seu texto, ser uma tendência em que o indivíduo “passa a refutar informações dissonantes da hipótese preconcebida e a coletar informações em consonância com esta hipótese.”

Além dessa possibilidade de fenecimento da imparcialidade do magistrado, ela é ainda reforçada quando observamos a lei 12.850/2013, em especial, no artigo 4º, § 7º (final), em que possibilita o juiz a ouvir o colaborador. Abre-se assim, outra brecha na persecução penal, para que a imparcialidade do julgador esteja em cheque. Ou seja, caso o colaborador venha a delatar alguém, é quase impossível vislumbrar uma cenário em que esse juiz, que também julgará o indivíduo delatado, não terá já formado seu convencimento no momento da oitiva. Mais uma vez cria-se terreno fértil para a aplicação do princípio da busca seletiva de informações, visto que, possivelmente, esse magistrado irá reforçar os indícios e provas que corroborem esse convencimento já pré- estabelecido.

Outro ponto que também faz alusão ao princípio da imparcialidade jurisdicional é com relação a divergência entre este princípio e a colaboração premiada no tocante à questão das prisões cautelares, podendo - se dizer que em regra, precedem os acordos de colaboração. Sobre a voluntariedade, requisito previsto em lei, dos acordos que ocorrem nesses termos, esta já foi abordada em uma dos capítulos anteriores. Entretanto, o ponto levantado por Santoro, relacionado com a análise dos requisitos para a decretação das prisões cautelares e, se essa análise tornaria o magistrado parcial nas suas futuras decisões sobre este mesmo indivíduo. Mais do que isso ele afirma que essa possibilidade de decretação de prisão cautelar somada a possibilidade de concessão de liberdade provisória caso ocorra a colaboração, acaba levando o magistrado a participar das negociações.⁸¹ vejamos o que é necessário para a decretação de prisão preventiva. Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

*No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.⁸²*

No mesmo sentido, entende Santoro, e, ainda acrescenta que o juiz deverá demonstrar que a liberdade do indivíduo coloque algo em risco durante o processo, configurando o *periculum libertatis*.⁸³ O autor ainda adianta que o preso possui a consciência de há uma pré- juízo na tocante à valoração dos fatos, no qual o juiz antecipa parte de seu convencimento, e por isso a manutenção do entendimento apresenta possibilidade e até a probabilidade de condenação.⁸⁴ Continua o autor ao

81. *Ibidem*. 2016 p. 17.

82. *Ibidem*, 2016. pag. 314

83. *Op. cit.*. 2016 p. 17

84. *Op. cit.*. 2016 p. 17

afirmar que esse raciocínio é utilizado pelos negociadores, ora Delegados, ora Promotores, para que consigam firmar o acordo com o colaborador, e assim, tiram o magistrado da passividade, que deveria se manter, pois o mesmo oferece instrumento catalizador e de coação para firmar acordos.⁸⁵ O autor mais uma vez, apresenta possibilidade no caso concreto, em que a atuação do magistrado ocorre sem que um de seus princípios norteadores seja respeitado.

Concluindo, percebe-se através dos estudo apresentado pelo autor anteriormente mencionado, que a atuação do magistrado na colaboração premiada guarda diversas armadilhas contra diversos princípios garantidores do processo penal, e em especial o da imparcialidade do órgão jurisdicional. Por isso, observando cuidadosamente esses casos, é possível aproximar-se do entendimento de que a prática da colaboração premiada, nos moldes em que é executada, pelo aplicadores do Direito, fere de diversas maneiras o princípio estudado neste capítulo. Isso é motivo de grande preocupação, pois remontando o que a doutrina dispõe sobre esse princípio, ele tem uma importância muito alta para ser mitigado desta maneira.

6 -CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a avaliar o instituto da colaboração premiada nos moldes apresentados na lei 12.850/2013 sob a perspectiva do garantismo penal de Ferrajoli. A escolha dessa teoria jurídica como paradigma para analisar esse dispositivo legal, foi por entender que, a mesma tem importantes princípios delimitadores do Direito tanto processual quanto penal, além de se adequar em muitos aspectos e níveis, ao Estado Democrático de Direito.

Tendo isso em mente, é importante demonstrar ainda que resumidamente, os pontos principais da pesquisa. A começar pelo histórico da colaboração premiada, em especial, se observada em outras culturas jurídica.

Inicialmente, averigua-se o caso do sistema norete – americano, que em linhas gerais apresenta algumas peculiaridades. É um traço extremamente forte no referido sistema, a enorme possibilidade de negociação entre o Ministério Público e o acusado/colaborador. Foi visto que a instituição citada é munida de um abrangente poder discricionário. Ou seja, o promotor de justiça poderá dispor da pena, assim como decidir se irá ou não propor a ação, sempre de acordo com o que melhor convir à acusação. Isto apontou para o entendimento de que, não raro, o processo tornou-se

“dispensável”. Essa realidade foi apontada como a razão pela qual, nos EUA, um grande número de acusados prefere assumir a culpa, dentro dos termos acordados com o Ministério Público, a enfrentar um processo. Como foi dito, o processo penal, em sua forma tradicional, vem perdendo espaço para um processo penal negocial, este, dando lugar de destaque às conveniências da acusação no momento da elaboração dos acordos.

Com relação ao sistema italiano, percebeu-se que, em certo momento, a utilização da colaboração premiada, ocorreu com a tentativa de melhorar o combate ao crime organizado. Com isso, notamos uma certa semelhança com o Brasil, visto ser esse o contexto no qual a lei assumiu sua forma conhecida atualmente. Entretanto, a similaridade cessa quando, de acordo com o que foi apontado, o instituto tema da pesquisa encontra uma regulamentação bem mais extensa do que a prevista no Brasil. Como foi visto, a colaboração premiada se divide em diversos momentos, e em todos eles sua regulamentação é mais eficiente na delimitação de seu uso, trazendo uma sensação de segurança jurídica maior, e dispondo de maneira mais clara os limites de atuação de cada personagem envolvido nos acordos.

A pesquisa segue e apresenta um breve entendimento sobre a natureza jurídica da colaboração premiada em nossa legislação, a partir da lei 12.850/2013. Desde esse ponto, inicia-se uma leitura mais atual do instituto, observando alguns instrumentos processuais que ultimamente assumiram um papel controverso no âmbito da “Operação Lava à Jato”, em especial sob a ótica do garantismo penal.

Os três pontos fundamentais abordados são: as prisões preventivas, as garantias de ampla defesa e contraditório, além da valoração que se dá às informações obtidas nos acordos de colaboração.

No tocante ao primeiro item, observou-se que as prisões cautelares decretadas ao longo das investigações e dos processos pertencente à “Operação Lava à Jato”, não têm se alinhado ao que prevê nossos princípios constitucionais, e as interpretações dadas às leis que versam sobre o tema. Em sua maioria, afastam-se do que indica minimamente o pensamento garantista. Entendeu-se que essas prisões tem sua utilização banalizada pelo poder público e em alguns casos, são empregadas como meio de obtenção da colaboração, o que afasta a ideia de voluntariedade, requisito previsto em lei para que os acordos ocorram.

Nota-se ainda uma forte incompatibilidade dessas prisões, quando analisadas sob a ótica das jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que apontam para um entendimento absolutamente diverso do que apresentam alguns membros do Ministério Público, que declaram publicamente que a utilização dessas medidas cautelares como instrumento de coação para fechar acordos e conseguir novas informações, é uma leitura evoluída do direito.

Já no que diz respeito aos princípios de ampla defesa e do contraditório, verificou-se que embora os mesmos ocupem uma posição privilegiada em relação a outras leis, como a que é estudada nesta pesquisa, esses princípios vêm sendo mitigados, no intuito de dar mais eficiência à persecução penal. Com isso leia-se favorecer, em muitos casos, a tese acusatória. Princípios que deveriam ser interpretados como ferramentas para frear os impulsos arbitrários do Estado, estão sendo lidos como obstáculos para o “inequívoco” trabalho da acusação, disvirtuando as premissas do processo penal garantista.

A forma como se tem levado os acordos de colaboração, não só possibilita a flexibilização dessas garantias, em certas formulações, elas são quase que expressamente suspensas, a exemplo dos indivíduos delatados, que só poderão exercer o contraditório sobre as ações delituosas imputadas à ele, apenas quando o acordo se tornar público. Ou seja, apenas depois que a acusação tiver tido acesso diversas vezes às declarações do colaborador, formado sua tese acusatória, é que o delatado terá a chance de contradizer tudo o que foi apresentado contra ele. Em um processo penal como o nosso, em que a paridade de armas precisa ser reafirmada a todo momento, a situação descrita anteriormente, dificulta ainda mais o exercício deste princípio tão valioso para um ordenamento jurídico que se proponha adequar-se minimamente ao sistema acusatório.

Ao que se refere à valoração das informações adquiridas por meio dos acordos de colaboração, percebeu-se que, embora a lei disponha ser necessário ser comprovado por outros meios tudo o que for afirmado nos acordos, a prática caminha quase que por conta própria, e em certos casos, percebe-se que o requisito que estabelece o valor dos informes obtidos, é a pertinência que o conteúdo dos acordos possui com as teses elaboradas pela acusação.

Ainda sobre esse ponto, vislumbrou-se que sob esse raciocínio, é aberta a possibilidade da acusação utilizar de maneira seletiva as informações as quais tem acesso, pondo em segundo plano a adequação à lei.

Sobre essas questões, é importante observar a postura que parte do Ministério Público, e alguns de seus membros têm adotado, com relação a esse tipo de prática. A tentativa de alguns indivíduos do mencionado grupo, de legitimar ações e entendimentos que vão de encontro ao que prevê nossa legislação constitucional, traz certa desconfiança sobre a atuação dos mesmos em outros momentos processuais.

Sobre esse ator processual, primeiramente fez-se uma leitura sobre sua atuação dentro do que aponta as características do sistema acusatório. Nesse sentido, observou-se que para se aproximar ao máximo desse parâmetro é necessário ter uma separação bem clara entre o órgão acusador e o órgão jurisdicional. O primeiro, representado pelo Ministério Público, em tese deveria guiar sua prática pelo princípio da obrigatoriedade. Esta vem a ser a obrigação de que ao tomar conhecimento de alguma prática delituosa, o Ministério Público deverá oferecer denúncia, e esta sendo aceita, iniciaria o processo.

Entretanto, no decorrer da “Operação Lava à Jato”, o nível de discricionariedade que o Ministério Público vem alcançando, na sua escolha entre propor ou não a ação penal, adequando o que foi negociado nos acordos de colaboração, se assemelha cada vez mais com o que ocorre no sistema norte-americano, embora, nossa legislação não devesse ser interpretada desta forma. Isso porque qualquer que seja a instituição pertencente ao Estado, que tenha poucas limitações no seu poder, abrirá brechas para arbitrariedades, e assim se aproximará do conceito de Estado de Polícia.

Ainda sobre a discricionariedade que o Ministério Público vem apresentando, percebeu-se sua aparição também nas propostas de benefícios oferecidas pelo mesmo, aos possíveis colaboradores. Os membros do Ministério Público Federal, em certos acordos demonstrados durante a pesquisa, propuseram vantagens que não estavam previstas em lei, ou seja, ofereceram algo que estava além do que a lei dispunha. Logo constata-se que, quando se trata de fechar acordos de colaboração que possam ser úteis à persecução penal, os limites de negociação tornam-se quase que ilimitados, tornando a aplicação da lei extremamente subjetiva, e mais uma vez trazendo perigo para o bom desenvolvimento de nossos preceitos processuais penais.

A lei 12.850/2013, ao tratar da negociação para firmar acordos de colaboração, atribuiu ao Ministério Público um papel em que implica diversas vantagens para o mesmo. Percebe-se que a situação em si foge ao que dispõe o princípio da paridade de armas entre as partes do processo.

Uma das interpretações que se tem da lei 12.850/2013, é que o legislador deixou esse

espaços em branco com a intenção de dar mais liberdade ao Ministério Público, intencionando um trabalho mais efetivo do referido órgão, no combate ao crime. É fácil imaginar que aqueles que se alinham a essa leitura, são aqueles que tentam justificar e legitimar as condutas até aqui analisadas. Essa pode ser vista como uma interpretação ao pé da letra, sem que haja uma apreciação ponderada à luz dos ideais garantistas previstos na Constituição Federal de 1988 e em outras leis do nosso ordenamento, sendo portanto uma interpretação aquém do que possibilita nossas leis que tangem o assunto.

Outra importante figura estudada neste trabalho é o magistrado. Fez-se um breve esclarecimento sobre o que se espera do magistrado dentro da temática do sistema acusatório, concluiu-se que diferente do sistema inquisitorial, não existe, ou pelo menos não deveria, existir o juiz instructor, ou seja, aquele que lida com as provas do processo. Além disso, é necessário, para que se configure o sistema acusatório, a equidistância entre o magistrado e as partes, acusação e defesa.

Nesse sentido, espera-se que o juiz cumpra o dever de presidir o processo de forma que, o mesmo corra dentro dos limites previstos em lei. Deverá também garantir que os direitos, de ambas as partes, sejam respeitados e efetivados. É possível traçar um paralelo entre a equidistância entre o juiz e as partes e a já mencionada separação entre órgão acusador e órgão jurisdicional. De certa forma um complementa o outro, e assim constroem o conceito de sistema acusatório.

O ponto que de fato angariou maiores esforços nas pesquisas foi a análise da imparcialidade do magistrado no ambiente da colaboração premiada. Quando foi apresentado em que termos o magistrado atua, de acordo com a lei 12.850/2013, percebeu-se no âmbito da negociação, em tese o magistrado não está presente, sob o pretexto de não macular sua imparcialidade. Entretanto, quando o mesmo é quem decide sobre a homologação do acordo, essa imparcialidade que pensou-se está protegida, de fato não o foi.

Sobre esse ponto, debruçou-se sobre o fato de que, embora a lei indique que a homologação do acordo seja feita apenas no tocante aos requisitos formais, deixando o mérito para uma segunda análise, no momento da sentença, na prática essa divisão torna-se quase que impossível de ocorrer. Como seria possível separar essas duas análises no momento em que o magistrado toma ciência de todas as informações presentes no acordo? É quase que uma ficção jurídica essa análise em dois momentos.

A mesma lei ainda permite que o juiz, no momento que achar necessário, poderá interrogar o colaborador diretamente. Logo, como as informações obtidas através do colaborador, se adequam melhor ao que argumenta a acusação em suas teses, como ditto anteriormente, mais uma vez a lei possibilita que a imparcialidade do juiz seja enfraquecida.

Um último ponto sobre o quesito da imparcialidade do magistrado, está no que se a suas decisões sobre a prisões cautelares dos investigados/colaboradores. Pois tendo em perspectiva que os requisitos a serem analisados para a decretação ou não de uma prisão cautelar são incompatíveis com a manutenção da imparcialidade do juiz. Com isso se quis demonstrar que no momento em que o juiz analisa, por exemplo, o *fumus commissi delicti*, que de maneira resumida quer dizer, análise da aparência contundente do cometimento de conduta delitiva por parte do réu ou investigado, a imparcialidade do mesmo é afastada. A formação de um convencimento, por parte do magistrado será feita, ao se decidir sobre a prisão ou não. Isso, em tese não teria problema, no entanto, é comum que os pedidos de prisão na “Operação Lava à Jato”, como abordado em momento anteriores, são utilizados como instrumentos de coação para obter as informações necessárias.

Resumindo, ao decidir sobre a prisão preventiva ou temporária de um investigado/colaborador, o juiz se aterá a quesitos que contribuíram para a formação da sua convicção, antes do início do processo, evidenciando por tanto, o fim da sua imparcialidade no julgamento.

Após apresentar de maneira resumida os pontos mais importantes tratados o longo dessa pesquisa, é importante tentar responder algumas questões levantadas ao longo do trabalho.

Como mencionado, a proposta do estudo feito, era, além de observar o instituto da colaboração premiada sob a ótica do garantismo penal, analisar em que termos a atuação do Ministério Público, através de seus membros e do magistrado têm ocorrido.

Ao longo do texto, percebeu-se duas coisas. A primeira é que há uma clara tentativa, por parte de alguns setores jurídicos, de implementar a qualquer custo em nosso ordenamento, um instituto que, no formato explicitado em nossa legislação, vai de encontro com diversos entendimentos condizentes com as garantias previstas em nossa Constituição.

A segunda é que, parte do judiciário, a legitimar as questões problemáticas apresentadas no presente estudo, e parte do Ministério Público atuando da maneira demonstrada,

reforçam e naturalizam essas violações a garantias e direitos tão básicos. E o principal argumento utilizado para que essas garantias sejam postas de lado, sequer tem um embasamento jurídico.

A famigerada “luta contra a corrupção” tem sido o argumento utilizado pelo senso comum para relativizar garantias. Já algumas vozes jurídicas somaram a esse argument um Segundo, ainda mais prejudicial para o direito. A justificativa de que essas flexibilizações de direitos constitucionais são para satisfazer o o desejo da sociedade dar fim a impunidade nos crimes de corrupção.

Se faz necessário fazer esse breve paralelo com essa perspectiva política, pois dessa forma evidencia-se o quão frágil é a proteção que se dá aos direitos processuais e constitucionais, que, como demonstrado, são violados na “Operação Lava à Jato”, sob o argumento de se está combatendo a corrupção.

Quando há um sério comprometimento com a construção de um Estado Democrático de Direito, entende-se que, a despeito do delito cometido, ou da repercução social que o mesmo tem, a proteção e respeito a garantias, sejam elas de que ordem for, devem ser mantidas. E ao contrário do que pressupõe o senso comum, essa proteção não está ligado a uma indivíduo, ou pequeno grupo, mas está relacionado a todos e todas que estejam ao alcance do poder punitivo do Estado. Poder esse que, sem os devidos limites impostos por lei, levará a um caos de arbitrariedades, não deixando nenhm grupo social impune. Nem mesmo os que legitimam o contexto apresentado na pesquisa.

Nesse sentido, por mais que o Direito necessite de inovações para que apresente uma resposta efetiva diante da sociedade quanto aos delitos praticados, em especial a corrupção, a mitigação de direitos e garantias não parece ser o meio mais efetivo e proveitoso para se alcançar este objetivo.

É notório que em toda a história do Direito, ele sempre sera passível de novas interpretações, no entanto, a interpretação dada ao instituto objeto desta pesquisa e aos conceitos e quesitos que a compõe, guardam forte semelhança com entendimentos que compuseram momentos da história, nacional e mundial, que não se adequam ao Estado de Direito.

Uma das ideias que se pode ter sobre a colaboração premiada, é a fragilização de direitos tão basilares e essenciais ao coletivo. Direito ao contraditório, ampla defesa, juiz imparcial, separação

entre acusação e julgador, todos abordados na pesquisa, e lembrados em parágrafos anteriores, vem sofrendo sérios ataques, tornando-se dispensáveis, sob o argumento de obter sucesso nas investigações e condenações, intuindo satisfazer o desejo do senso comum.

A conclusão que se pode chegar é de quão perigoso é essa flexibilização e mitigação de direitos para a proteção do processo penal como forma de defesa contra o poder de punição do Estado, tendo em vista principalmente, o argumento utilizado para tal.

Todas essas “arbitrariedades” também contribuem para o fortalecimento de um Estado Policial, e conseqüentemente para a fragilização de garantias básicas que são responsáveis pela proteção do indivíduo e da coletividade diante do Estado, como já mencionado.

Não só para o processo penal seria perigoso, mas também para todo o grupo social, que está a mercê desse Estado, pois o que garante que essas violações não alcancem outros ambientes do direito penal e processual penal. Cabe portanto, está sempre questionando essas possíveis arbitrariedades, logo reforçando o ideal do Estado garantidor de Direitos.

E esse, em tese, deveria ser sempre o objetivo do Direito, comprometendo-se a proteger e contribuir para a construção de um Estado de Direito forte e, na medida do possível constante, através de instituições seriamente comprometidas com os princípios democráticos.

Menciona-se ainda que, todas as violações tratadas ao longo do presente estudo, guardam uma forte relação com um Estado altamente punitivista, que busca através do direito penal, responder às insatisfações do grupo social, ainda que isso resulte em violações de direitos. A expressão “fazer justiça” é o que embasa essas violações.

Entretanto, em contrapartida a esse pensamento, é em um Estado garantista, que de fato se aproxima do ideal de justiça. Pois ao contrário do Estado punitivo, em que apenas a condenação satisfaz o anseio de justiça, perseguindo-se a condenação a qualquer preço, e como já dito, sem levar em conta as violações de direitos deixadas pelo caminho, tanto a condenação como a absolvição tem a possibilidade de obter justiça. E nesse caminho, os direitos previstos em lei são instrumentos que contribuem para a construção dessa máxima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARI, Pedro Soares de. “**Plea bargaining**”: aproximação à justiça negociada nos E. U.A. Coimbra: Almedina, 2007.p. 63-6.

BOTTINO, Thiago. *Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato"*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390., ago. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Título original: Dei delitti e delle pene. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 44

CANÁRIO, Pedro, Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar,2014-Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>>. Acesso em: 31 de mai. 2017.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*, Roma: Ateneo, 1946

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal/ Luigi Ferrajoli*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013

LOPES Jr., Aury .**Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. *A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre*, v. 10, n. 60, p. 32-66., jun./jul. 2014.

MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Organização Soraia da Rosa Mendes. Brasília: IDP, 2016

MEREU,Italo. *Corsi e ricorsi el petiamento neldelitto politico*. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). *La giustizia contrattata: della bottega al mercato globale*. Napoli: Edizione Scienteifiche Italiane, 1998

MUSCO, Enzo. **Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas**. *Revista Penal Eletrônica*, Universidade de Huelva, Salamanca, Universidade de Castilla – La Mancha, n. 2 , p. 35-47, jul. 1998. Disponível em:<<http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTAPENALIST/NUMEROSIAS:N2>>. Acesso em: 12 de mar. 2014 (tradução livre)

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?*. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 13

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*.- 4. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e direitos humanos** – Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014

QUEIJO, Maria Elizabeth, **O direito de não produzir prova contra si mesmo** – 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2012

RODAS, Sérgio. **Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio: coação ilegal**. 16 ago. 2016. Consultor Jurídico.

SANTOS, Célio Jacinto dos. **No Processo Penal quem pode o mais não pode o menos**. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11586-11586-1-PB.htm>. Acesso em 13 de jun de 2017.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei n o 12.850/2013. In: ESPINERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.) **Delação Premiada: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio**. Belo Horizonte. D'Placido. 2016.

SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. **A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 02. 33.ed. São Paulo. Saraiva, 2011

